

# De zaak *Urgenda* op weg naar de Hoge Raad

Geruchtmakende klimaatzaak allesbehalve een gelopen race

E.G.A. VAN DER WERF\*

\* Mr. E.G.A. (Edsard) van der Werf is als docent en promovendus verbonden aan de vaksectie Algemene rechtswetenschap van de Radboud Universiteit Nijmegen. Zijn promotieonderzoek gaat over de maatschappelijke zorgvuldigheid in het publieke domein. Hij dankt zijn promotor prof. mr. R.J.B. Schutgens voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Zulks wordt onderstreept door de toelichting van de regering op de keuze om in cassatie te gaan tegen het arrest. Zie *Kamerstukken I 2018/19*, 32813, F.

2 Zulks niet geheel zonder precedent. Zie hierover J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter', in: *De nationale rechter en het internationale recht* (preadviezen NVIR), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005, p. 87-88.

3 De vraag of een belangengroepering zoals *Urgenda* zich kan beroepen op deze mensenrechten beantwoorde de rechtbank ontkennend. Het hof denkt hier anders over (zie r.o 35). Wegens de (beperkte) omvang van dit betoog laat ik dit vraagstuk buiten beschouwing. Zie hierover onder andere Ch.W. Backes & G.A. van der Veen, *AB* 2018/418, p. 2778-2779; T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, *O&A* 2018/51, p. 158-159; E.C. Gijsselaar, <http://blog.ucall.nl/>

## 1. Inleiding

Voor de lezer van dit tijdschrift behoeft de beroemde (en beruchte) zaak *Urgenda* nauwelijks introductie. Gelet op de beperkte omvang van deze rubriek val ik dan ook meteen met de deur in huis: zelfs wanneer men het *Urgenda*-arrest zonder enige kritische noot onderschrijft – hetgeen ik overigens niet doe –, kan moeilijk worden verdedigd dat het Gerechtshof Den Haag 'niets bijzonders' doet met de uitleg die het geeft aan de positieve verplichtingen onder het EVRM. Voor zover ik heb kunnen nagaan, is het de eerste keer dat een rechter op grond van de mensenrechten uit het EVRM zich op deze indringende wijze uitspreekt over het te voeren klimaatbeleid. Het is niet voor niets dat de *Urgenda*-zaak aanzienlijke aandacht krijgt in de (inter)nationale rechtswetenschap en media. Deze belangstelling heeft niet alleen te maken met het feit dat klimaatverandering momenteel hoog op de maatschappelijke en politieke agenda staat. Het geschil tussen de Staat en *Urgenda* gaat immers allang niet meer om de uitkomst ervan; de *Urgenda*-zaak is een principiële kwestie geworden.<sup>1</sup> Gelet op de (consequentie van de) uitleg die het hof aan de verdragsbepalingen uit het EVRM geeft, is dat geheel terecht. Deze is mijns inziens te verstrekkend en kan dan ook niet onbekritiseerd blijven.

## 2. Welke norm(en) heeft de Staat geschonden?

In eerste aanleg oordeelde de rechtbank (kort gezegd) dat de Staat door te weinig maatregelen te nemen om de broeikasgasuitstoot te reduceren een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm ex artikel 6:162 BW schendt en daarmee dus onrechtmatig handelt. Daarbij vulde de rechtbank de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm nader in met (onder andere) een aantal niet-rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Aldus werd aan deze

bepalingen reflexwerking verleend, waardoor ‘niet een ieder verbindende’ bepalingen alsnog – over de band van artikel 6:162 BW – doorwerking krijgen in de nationale rechtsorde.<sup>2</sup> Achterliggende gedachte hierbij is de veronderstelling dat de Staat zich aan zijn volkenrechtelijke afspraken wil houden, hetgeen meebrengt dat nationale wettelijke voorschriften in het licht van deze afspraken dienen te worden geïnterpreteerd. Op deze redering van de rechtbank is de nodige kritiek gekomen, waarover hieronder meer.

Het hof oordeelt nu – anders dan de rechtbank – dat de Staat artikel 2 en 8 EVRM heeft geschonden; aan een bespreking van de eventuele schending van een ongeschreven zorgvuldigheidssnorm komt het hof daarom niet toe (r.o. 76).<sup>3</sup> De genoemde artikelen uit het EVRM waarborgen het grondrecht op leven en eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven. Dat op basis van het EVRM positieve verplichtingen worden aangenomen die strekken tot actief overheidsoptreden wanneer de fysieke veiligheid van burgers in het geding is, is op zichzelf niets nieuws. Een vereiste hierbij is dat sprake is van een voldoende ernstige (dreigende) inbreuk op de door het EVRM beschermde rechten. In concreto zal het dus moeten gaan om gevallen die een dodelijke afloop kunnen hebben (artikel 2) of ernstige gezondheidsschade kunnen opleveren (artikel 8).<sup>4</sup> Het hof stelt vast dat in casu een reële dreiging bestaat van gevaarlijke klimaatverandering, waardoor er een ernstig risico aanwezig is dat burgers geconfronteerd zullen worden met verlies van leven en/of versterking van het gezinsleven. Op grond van artikel 2 en 8 EVRM heeft de Staat dan ook de verplichting om bescherming te bieden tegen deze dreiging (r.o. 45).<sup>5</sup>

Aldus moet de overheid burgers beschermen tegen de dreigende gevolgen van klimaatverandering. Niet in geschil is dat Nederland zich gecommitteerd heeft aan het doel om de opwarming van de aarde te beperken tot niet meer dan twee graden Celcius ten opzichte van het pre-industriële tijdperk. De vraag is echter *hoe* dit bereikt moet worden. Hoewel partijen het eens zijn over de reductiedoelstelling van 49% in 2030, meent Urgenda dat de Staat niet kan volstaan met het percentage dat voor 2020 is afgesproken in EU-verband, te weten 20%. Het hof stelt Urgenda in het gelijk en oordeelt dat een CO<sub>2</sub>-reductie van minimaal 25% in 2020 is vereist om burgers te beschermen tegen de dreigende gevolgen van klimaatverandering.<sup>6</sup> Het hof kent in zijn motivering – net zoals de rechtbank – veel gewicht toe aan rapporten van internationale organisaties waarin beschreven is hoe de tweegradendoelstelling kan worden gehaald.<sup>7</sup> Normaliter geniet de overheid bij dreigende inbreuken op artikel 2 of 8 EVRM aanzienlijke beleidsruimte (*margin of appreciation*) ten aanzien van de te nemen maatregelen.<sup>8</sup> Opmerkelijk is dan ook dat het hof overweegt

index.php/2015/07/het-evrm-en-de-klimaatzaak-toetsing-aan-niet-van-toepassing-zijnde-normen/.

4 Zie hierover 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. 215 e.v.

5 Op basis van het verzorgingsbeingsel geldt ook bij onzekere risico's dat positieve verplichtingen voor de overheid kunnen bestaan (r.o. 63). Zie EHRM 27 januari 2009, AB 2009/285, m.nt. T.

## de stelling

Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Tatar/Roemenië*).

6 Backes & Van der Veen merken op dat dit oordeel impliceert dat ook de Europese Unie onrechtmatig handelt door geen hogere CO<sub>2</sub>-reductie te verlangen. Nederland committeert zich immers aan de afgesproken reductie in EU-verband. Zie Ch.W. Backes & G.A. van der Veen, *AB* 2018/418, p. 2779.

7 Hetgeen op zichzelf niet zo bijzonder is aangezien uit vaste rechtspraak van het EHRM blijkt dat bij de invulling van positieve verplichtingen voortvloeiend uit art. 2 en 8 EVRM de rechter zich kan baseren op ‘objective scientific research’. Zie bijv. EHRM 24 juli 2014, O&A 2014/100 (*Brincat e.a./Malta*).

dat een reductiepercentage van 25% in 2020 de *enige* manier is om de dreigende inbreuk op artikel 2 en 8 EVRM te voorkomen. Het is voor mij niet geheel duidelijk waarom uit het EVRM precies deze positieve verplichting voortvloeit.<sup>9</sup> Waarom zou de Staat niet kunnen volstaan met een (iets) minder hoog reductiepercentage in 2020 om vervolgens extra maatregelen te nemen gedurende de periode 2020-2030?<sup>10</sup> Immers, ook met een dergelijk scenario kunnen uiteindelijk, blijkens het UNEP-rapport, dezelfde temperatuurdoelen worden behaald – al is dit scenario moeilijker, riskanter en minder kosteneffectief (r.o. 13). Deze laatste overweging behoort echter geen rol te spelen bij het rechtmatigheidsoordeel van de rechter, aangezien zij zuiver doelmatig (en dus niet juridisch) van aard is. Zo zijn er allerlei redenen te bedenken waarom de Staat met het terugdringen van de CO<sub>2</sub>-uitstoot niet te ver op andere internationale partners vooruit wil lopen.<sup>11</sup> Daar kun je van alles van vinden, maar het is maar zeer de vraag of dat onrechtmatig is. Dat het hof vaststelt dat de Staat jarenlang is uitgegaan van een ander beleidsdoel – 30% reductie per 2020 – en dit na 2011 heeft teruggebracht tot 20% (r.o. 72), maakt dat wat mij betreft niet anders. Er wordt per slot van rekening gesproken van een *beleidsdoel*. Gelet op de beleidsruimte die de Staat toekomt, had het hof er verstandig aan gedaan bij zijn oordeel op dit punt enige terughoudendheid te betrachten.

### 3. Reflexwerking

Het vonnis in eerste aanleg heeft veel kritiek gekregen wegens de opmerkelijke overweging van de rechtbank waarmee reflexwerking wordt verleend aan verschillende verdragen en beginselen waaruit geen (rechtstreekse) rechtsplicht voor de Staat jegens Urgenda voortvloeit.<sup>12</sup> Door deze aanpak vervaagt volgens critici het verschil tussen een ieder verbindende en niet-een ieder verbindende verdragsbepalingen. Dit onderscheid is er niet voor niets: laatstgenoemde bepalingen zijn vaak niet voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig.<sup>13</sup> Echter, ook als zij wel voldoende onvoorwaardelijk en nauwkeurig zijn, kan de rechter er niet aan voorbijgaan dat zij niet bedoeld (en overeengekomen) zijn om rechtstreekse normen in het leven te roepen. Men kan zich dan ook afvragen of deze normen via het aansprakelijkheidsrecht alsnog effect zouden moeten krijgen.

Nu heeft het hof de critici op het vonnis van de rechtbank enigszins de wind uit de zeilen genomen door zijn uitspraak te baseren op een schending van artikel 2 en 8 EVRM, waardoor het de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW onbesproken heeft kunnen laten.

8 Zie bijv. EHRM 30 november 2004, *NJ* 2005/210, m.nt. E.A. Alkema (Öneryıldiz/*Turkije*).

9 Vgl. L.F.M. Besselink, 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing. *Urgenda* voor het Hof Den Haag', *NJB* 2018/2154, afl. 41, p. 3078-3082.

10 Vgl. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen, *AB* 2018/418.

11 Hierbij kan gedacht worden aan de internationale onderhandelingsstrategie. Zie hierover M. Peeters, 'Europees klimaatrecht en de nationale beleidsruimte', *NJB* 2014/2109, afl. 41, p. 2924.

12 Zie o.a. T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, *O&A* 2015/58, p. 116-117.

13 Vgl. R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2275.

Tegelijkertijd is daarmee de interessante vraag over de problematische verhouding tussen het publiekrecht en de toepassing van een ongeschreven en vage privaatrechtelijke norm op het overheidsbeleid bedachtzaam omzeild. Desalniettemin brengt ook de redeneerwijze van het hof kritische reacties teweeg. Zo meent Besselink dat de uitleg die het hof geeft aan de positieve verplichtingen onder het EVRM deels dezelfde bezwaren oproept als de redenering van de rechtbank.<sup>14</sup> In beide gevallen wordt namelijk vergaande betekenis verleend aan niet-rechtstreeks werkende bepalingen, waardoor tot de conclusie kan worden gekomen dat de Staat onrechtmatig handelt door te weinig te doen aan de reductie van broeikasgassen. Waar de rechtbank deze bepalingen hanteert bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, gebruikt het hof diezelfde bepalingen bij de interpretatie van de positieve verplichtingen uit artikel 2 en 8 EVRM. Zo bezien verleent niet alleen de rechtbank, maar ook het hof (een soort) reflexwerking aan verschillende verdragen en beginselen waaruit geen rechtstreekse rechtsplicht voor de Staat jegens Urgenda voortvloeit. De (reeds besproken) kritiek op het vonnis van de rechtbank kan zodoende gerecycled worden.

#### 4. Rechter & politiek

Met de constatering dat inbreuk wordt gemaakt op artikel 2 en 8 EVRM lijkt het arrest van het hof, in vergelijking met het vonnis in eerste aanleg, beter bestand tegen staatsrechtelijke kritiek.<sup>15</sup> Een dergelijke inbreuk dwingt de Staat immers tot het nemen van maatregelen. De aanwezigheid van beleidsvrijheid maakt dit niet anders. De vraag hoe de Staat vervolgens dient te voldoen aan zijn zorgplicht, wordt door het hof niet beantwoord. In zoverre respecteert het hof de beleidsvrijheid die de democratisch gelegitimeerde ambten toekomt (zie r.o. 67-69).

Echter, ook wanneer geconcludeerd wordt dat de Staat met het huidige klimaatbeleid inbreuk maakt op artikel 2 en 8 EVRM, blijft de vraag relevant welk dictum de rechter hieraan staatsrechtelijk gezien mag verbinden.

Het hof laat het bevel van de rechtbank aan de Staat om de CO<sub>2</sub>-uitstoot per 2020 met minimaal 25% te reduceren in stand. Blijkens de reactie die minister Wiebes op het arrest gaf, wringt de schoen (voor de Staat) vooral op dit punt.<sup>16</sup> Want begeeft de rechter zich hiermee niet op het terrein van de politiek? Het hof zelf oordeelt van niet, om de simpele reden dat er sprake is van schending van mensenrechten. Het verweer van de Staat dat sprake zou zijn van een bevel tot het maken van wetten, hetzij in formele, hetzij in materiële zin, wijst het hof van de hand: de Staat kan zelf

14 L.F.M. Besselink, 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing. Urgenda voor het Hof Den Haag', *NJB* 2018/2154, afl. 41, p. 3081.

15 Zie bijv. R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-2277.

16 <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/11/16/staat-in-cassatie-in-urgenda-zaak-a2755481>.

invulling geven aan de vraag op welke manier de 25%-reductienorm dient te worden behaald, aldus het hof (r.o. 68).

Dat het reductiebevel kennelijk niet strekt tot het maken van wetten,<sup>17</sup> neemt niet weg dat het arrest van het hof verstrekkende gevolgen heeft. De vraag is nu of dat verstandig is. Het moge duidelijk zijn dat de Staat de afgelopen jaren een niet al te ambitieus klimaatbeleid heeft gevoerd. Rechtbank en hof concluderen dat de Staat zelfs *onrechtmatig* weinig heeft gedaan – een conclusie die ik niet deel, al is de redenering op zich te volgen. Onverstandig vind ik echter, even meerredenerend met rechtbank en hof, dat zij het niet hebben gelaten bij een verklaring voor recht, dan wel een overweging dat de Staat onrechtmatig handelt wanneer eind 2020 de 25%-reductienorm niet is gehaald.<sup>18</sup> Door een bevel onder termijn te geven, begeven zij zich sterker, en onnodig, in het vaarwater van de politiek – de resterende handelsruimte voor de Staat is immers enorm beperkt. Bovendien zetten zij daarmee ook hun eigen gezag op het spel. Zo blijkt inmiddels uit verschillende onderzoeken dat het zeer onwaarschijnlijk is dat de Staat eind 2020 aan het door rechtbank en hof opgelegde reductiepercentage van 25% zal kunnen voldoen.<sup>19</sup>

## 5. Afsluiting

Daar waar het *Urgenda*-vonnis in eerste aanleg insloeg als een bom, kwam ook de bekrachtiging daarvan door het hof – voor mij althans – als een verrassing. Hoewel aannemelijk is dat de uitkomst van dit arrest gunstige gevolgen zal hebben voor het klimaatbeleid in Nederland en dus mogelijk leidt tot een betere klimaat*politiek*, neemt dit niet weg dat de uitleg die het hof geeft aan de positieve verplichtingen onder het EVRM te verstrekkend is en daardoor de nodige kritiek oproept. Het mag dan ook niet verbazen dat minister Wiebes inmiddels heeft laten weten dat de Staat in cassatie gaat.<sup>20</sup> Gelet op het principiële belang van de zaak, valt dit alleen maar toe te juichen.

Mocht de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand laten, dan zal dit ongetwijfeld ingrijpende gevolgen gaan hebben. Niet alleen op het terrein van het toekomstig klimaatbeleid, maar mogelijk ook op allerlei andere beleidsterreinen. Aannemelijk is immers dat internationale afspraken waarvan voorheen gedacht werd dat deze geen rechtstreekse rechtsplichten voor de Staat jegens burgers in het leven roepen, steeds vaker als richtsnoer zullen gaan dienen bij rechterlijke interpretaties van normen waaraan burgers wel rechten kunnen ontleen. Het ligt voor de hand dat de politiek – in reactie daarop – in de toekomst terughoudender zal (moeten) zijn bij het aangaan van internationale afspraken.<sup>21</sup> Regering en

17 Dat hierover anders kan worden gedacht, blijkt uit onder andere L.F.M. Besselink, 'De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing. *Urgenda* voor het Hof Den Haag', *NJB* 2018/2154, afl. 41, p. 3082.

18 Vgl. G. Boogaard, '*Urgenda* en de rol van de rechter', *AA* 2016, afl. 1, p. 26-33; N. de Boer, 'Trias politica niet opofferen aan ambitieuze klimaatpolitiek', *S&D* 2016, afl. 1, p. 46.

19 <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/12/05/nederlandse-co2-uitstoot-in-2020-veel-hoger-dan-aangomen-3059620>.

20 *Kamerstukken I* 2018/19, 32813, F.

21 Denk bijvoorbeeld aan de discussie die in de Tweede Kamer is ontstaan naar aanleiding van het Global Compact voor Veilige, Geordende en Reguliere Migratie ('Marrakesh-pact').

parlement doen er dan ook verstandig aan zich hiervan rekenschap te geven.