

# HET KLIMAATGEVAAR EN HET GOUDEN KELDERLUIK

Alex Geert Castermans\*

Het vonnis in de *Urgenda*-zaak kan worden verklaard vanuit procedureel perspectief. Partijen – Urgenda en de Staat – waren het voor de Haagse rechtbank over veel eens en de Staat heeft van een aantal punten – feitelijk – geen probleem gemaakt. De rechtbank bleef binnen de constitutionele grenzen door hetgeen feitelijk en juridisch tussen partijen is komen vast te staan.

## 1 50 jaar na *Kelderluik*: *Urgenda*

Op 5 november 2015 vergat ik te vieren dat het vijftig jaar geleden is dat *Kelderluik* is geweest, hoewel ik mij jaren geleden had voorgenomen dat wel te doen. Mijnheer Duchateau bezocht café De Munt aan het Singel in Amsterdam. Op weg naar de wc viel hij in het keldergerat, waarvan Sjouwerman het luik had laten open staan. Had Sjouwerman veiligheidsmaatregelen moeten nemen? De Hoge Raad leerde dat het van de omstandigheden van het geval afhangt:

'of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.'<sup>1</sup>

Op 5 november 2015 vergat ik te vieren dat het vijftig jaar geleden is dat *Kelderluik* is geweest, hoewel ik mij jaren geleden had voorgenomen dat wel te doen

Een feestje was op zijn plaats geweest, want de *Kelderluik*-criteria zijn in vele verschillende situaties toegepast en hebben geleid tot goed getroffen zorgplichten, met niet alleen private personen, maar ook overheden als normadressaat. Juist dezer dagen

zorgt de toepassing van de criteria in de *Urgenda*-zaak voor commotie.<sup>2</sup> De aarde dreigt met meer dan twee graden Celsius op te warmen. Dit komt mede door de uitstoot van broeikasgassen. Het is bekend wat in 2020 gedaan moet zijn om dit gevaar te keren. De Staat is minder ambitieus en zet zijn kaarten op nog niet gerealiseerde of gevalideerde innovaties. De Rechtbank Den Haag oordeelde dat de Staat hiermee in strijd handelt met wat in het maatschappelijke verkeer betaamt. De Staat moet zich de komende jaren ambitieuzer opstellen in de bestrijding van de klimaatverandering.

De commotie heeft er mee te maken dat de rechter zich te zeer zou hebben ingelaten met wat aan de uitvoerende en wetgevende macht is door een keuze te maken ter zake van het niveau en de wijze van bescherming. Ik vraag mij af, of en in hoeverre de Rechtbank Den Haag zich hiermee werkelijk heeft ingelaten. Ter beantwoording van deze vraag werk ik in paragraaf 2 het vonnis uit, waarbij ik aan de hand van citaten uit het vonnis inzichtelijk wil maken hoezeer de rechtbank haar beslissing ontleent aan wat tussen partijen vaststaat of door de Staat binnen of buiten de procedure is onderschreven. Er wordt wel gesuggereerd dat de rechter zich heeft laten leiden door de Oslo Principles, omdat ze vlak vóór de pleidooien in de zaak zijn uitgevaardigd en de uitspraak in lijn met de Principles is. Aan het slot van de paragraaf zal ik betogen dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat de beslissing door die Principles is ingegeven. In paragraaf 3 ga ik in op de commotie in de wereld van het staatsrecht, met als conclusie dat rechter gelet op de procedurele uitgangspunten geen constitutionele grenzen heeft overtreden. In paragraaf 4 ga ik na of de Staat als normadressaat kan worden vervangen door een onderneming, zodat de Staat kan worden gezien als een gevaarzetters als ieder ander.

\* Prof. mr. A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Den Haag (niet betrokken bij de *Urgenda*-zaak). Deze bijdrage is een bewerking van een lezing aan de Humboldt Universität, Berlijn, op 19 november 2015, op uitnodiging van de Franse ambassade gehouden in de aanloop naar de klimaatop in Parijs.

1 HR 5 november 1965, ECLI: NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

2 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 m.nt. Ch.W. Backes (*Urgenda*). Over het klimaatprobleem als geval van gevaarstelling Chr.H. van Dijk, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde', *NJB* 2007, p. 2861-2871; E.H.P. Brans & K. Winterink, 'Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het verzorgingsbegin-sel?', in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor de gevolgen van klimaatverandering?* (preadvies Vereniging voor Milieurecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 119 e.v.; en J. Spier, *Shaping the Law for Global Crisis*, The Hague: Eleven International Publishing 2012, p. 88.



Deze nogal technische analyse staat in schril contrast met waar het in de *Urgenda*-zaak werkelijk over gaat: een van de grootste bedreigingen van de menselijke beschaving. De zaak is zo ernstig, dat ik er niet warm van zou worden als mocht blijken dat de civiele rechter over een constitutionele grens is gegaan. Maar deze bijdrage is erop gericht om na te gaan of de rechtbank wel enige constitutionele grens is overgegaan. Mocht de zaak in hoger beroep anders uitpakken, dan zou dat wel eens kunnen liggen aan wat wel en niet is betwist en als vaststaand is aangenomen, in plaats van de kwalificatie van de vaststaande feiten en de strekking van het dictum.

**De zaak is zo ernstig, dat ik er niet warm van zou worden als mocht blijken dat de civiele rechter over een constitutionele grens is gegaan. Deze bijdrage is erop gericht om na te gaan of de rechtbank wel enige constitutionele grens is overgegaan**

## 2 De rechtbank: feitenrechter

Volgens de rechtbank gaat de zaak

'in de kern over de vraag of de Staat ten opzichte van Urgenda de rechtsplicht heeft om de uitstoot van broeikasgassen – in het bijzonder CO<sub>2</sub> – verder te beperken dan uit de voornemens van de Nederlandse regering [...] voortvloeit. Urgenda betoogt dat de Staat geen adequaat klimaatbeleid voert en daarmee in strijd handelt met zijn zorgplicht tegenover haar en degenen die zij vertegenwoordigt en meer in het algemeen de Nederlandse samenleving. Urgenda stelt ook dat de Staat, door het Nederlandse aandeel in het klimaatbeleid, de internationale gemeenschap ten onrechte blootstelt aan het risico van een gevaarlijke klimaatverandering, met als gevolg ernstige en onomkeerbare schade voor gezondheid en milieu.'<sup>3</sup>

De beantwoording van deze vraag vergt weliswaar een beoordeling van 'lastige en veelomvattende "klimaattechnische" vragen', maar die pakt de rechtbank praktisch aan door zich te baseren op hetgeen partijen hebben overgelegd en tussen hen vaststaat. Dit betreft zowel de huidige stand van de wetenschap als (andere) gegevens die de Staat heeft erkend of ook zelf voor juist houdt.<sup>4</sup>

De rechtbank vindt in het procesdossier een reeks rapporten die de Staat binnen of buiten de procedure uitdrukkelijk heeft onderschreven. Op basis van deze gegevens stelt de rechtbank de ernst van het probleem van klimaatverandering vast en op basis daarvan beoordeelt zij de vordering.

Zo refereert de rechtbank aan internationale afspraken waarbij de Staat partij is. Daarin wordt erkend, op basis van *assessment reports* (AR) van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), dat er sprake is van klimaatverandering en dat dit uiterst waarschijnlijk mensenwerk is. Tevens

wordt aangegeven wat ons op termijn te doen staat, namelijk dat de opwarming van de aarde beneden de twee graden Celsius moet blijven:

'In AR4/2007 en AR5/2013 heeft het IPCC vastgesteld dat er wereldwijd een klimaatverandering plaatsvindt en dat het uiterst waarschijnlijk is dat de mens, in het bijzonder door de verbranding van fossiele brandstoffen (olie, gas, kolen) en door ontbossing, de belangrijkste oorzaak is van de waargenomen opwarming sinds het midden van de negentiende eeuw. In AR4/2007 is voorts vastgesteld dat bij een temperatuurstijging van meer dan 2 °C boven het pre-industriële niveau een gevaarlijke, onomkeerbare klimaatverandering ontstaat, die een bedreiging vormt voor het milieu en de mens. Dit heeft geresulteerd in de formulering van de eerder genoemde tweegradendoelstelling. Het IPCC is in AR5/2013 niet teruggekomen van deze doelstelling. De partijen bij het VN Klimaatverdrag, waaronder zoals gezegd Nederland en de EU, hebben tijdens de klimaatconferentie in 2010 (Cancun Agreements) deze bevindingen expliciet erkend.'<sup>5</sup>

De rechtbank stelt daarmee vast dat de tweegradendoelstelling wereldwijd tot uitgangspunt wordt genomen voor de ontwikkeling van het klimaatbeleid, conform de doelstelling van het VN Klimaatverdrag om 'dangerous anthropogenic interference with the climate system' te voorkomen.<sup>6</sup>

Ter voorkoming van een temperatuurstijging van meer dan twee graden Celsius zou volgens de *assessment reports* van de IPCC de antropogene broeikasgasuitstoot sterk moeten dalen ter voorkoming van een gevaarlijke klimaatverandering. Dit is erkend door de partijen bij het VN-Klimaatverdrag, onder meer tijdens de klimaatconferentie in 2007 (Bali Action Plan) en opnieuw in 2010 (Cancun). Uit AR5/2013 blijkt dat de uitstoot van broeikasgassen toeneemt in plaats van afneemt. De rechtbank neemt ook deze gegevens als vaststaand aan.<sup>7</sup> De vraag is hoe groot de afname zou moeten zijn ten opzichte van het niveau in 1990. Geïndustrialiseerde landen zoals Nederland, genoemd in de eerste bijlage bij het VN Klimaatverdrag, dragen op dit punt een bijzondere verantwoordelijkheid:

'In 2007 hebben de partijen bij het VN Klimaatverdrag, met verwijzing naar AR4/2007, in het Bali Action Plan erkend dat "deep cuts" in de broeikasgasemissie dringend noodzakelijk zijn om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen. De passage waarnaar hier wordt verwezen, vermeldt dat om het concentratieniveau in de atmosfeer onder 450-550 ppm te houden in 2020 een emissiereductie van 10-40% nodig is en in 2050 een reductie van 40-95%, telkens in vergelijking met het 1990-niveau. Tijdens de klimaatconferentie in Cancun in 2010 is in een besluit van de Ad hoc Working Group van Annex I-landen uitdrukkelijk erkend dat deze landen hun uitstoot in 2020 beperkt zullen moeten hebben met 25-40% ten opzichte van 1990. In dit besluit sporen de Annex I-landen zichzelf aan ("urges") om hun reductiedoelstellingen hieraan aan te passen.'<sup>8</sup>

De rechtbank leidt hieruit af dat volgens de huidige stand van de wetenschap, voor het voorkomen van een gevaarlijke klimaatverandering, dient te worden uitgegaan van een reductiedoelstelling voor een geïndustrialiseerd land als Nederland van 25-40% in 2020 en 80-95% in 2050.<sup>9</sup>

De rechtbank noteert vervolgens dat de Europese Unie zich niet tot meer heeft willen verbinden dan een reductiedoelstelling van 20% en dat Nederland daarin vanaf ongeveer 2010 is meegegaan en afstevent op een totale reductie

3 *Urgenda*, r.o. 4.1.

4 *Urgenda*, r.o. 4.3.

5 *Urgenda*, r.o. 4.14. In r.o. 3.3 had de rechtbank al overwogen dat de Staat de noodzaak van de beperking van de mondiale temperatuurstijging tot (minder dan) twee graden Celsius erkent.

6 Art. 2 VN Klimaatverdrag.

7 *Urgenda*, r.o. 4.15.

8 *Urgenda*, r.o. 4.24.

9 *Urgenda*, r.o. 4.29.



van naar verwachting 14-17% in 2020. Voor 2030 hebben de Europese Unie en Nederland zich een reductiedoelstelling van 40% gesteld; voor 2050 een reductiedoelstelling van 80%. Daarmee zou de reductiedoelstelling weer aansluiten bij de gestelde reductiedoelstelling van het IPCC in 2050.<sup>10</sup> De rechtbank trekt hieruit de conclusie dat de Nederlandse reductiedoelstelling onder de noodzakelijk geachte norm ligt.<sup>11</sup>

Vanaf dit punt gaat de rechtbank na of meer van de Staat mocht worden verwacht. Ten eerste onderzoekt zij artikel 21 Grondwet, het *no harm*-beginsel, het VN-Klimaatverdrag, artikel 2 en 8 EVRM, artikel 191 VWEU en de zogenaamde ETS-richtlijn.<sup>12</sup> Zij noteert vervolgens dat Urgenda aan deze constitutionele en internationale regels geen aanspraak jegens de Staat kan ontlenen tot een bepaalde vermindering van de uitstoot. Niettemin zijn zij van betekenis:

'In de eerste plaats kan uit deze regels worden afgeleid welke mate van beleidsvrijheid de Staat toekomt bij de wijze waarop hij de hem gegeven taken en bevoegdheden uitoefent en in de tweede plaats zijn de hierin vastgelegde doelstellingen van betekenis voor het bepalen van de mate van zorg die de Staat ten minste in acht moet nemen. Voor de bepaling van de omvang van de zorgplicht van de Staat en de hem toekomende beleidsvrijheid zal de rechtbank hierna dus ook de doelstellingen van het internationale en Europese klimaatbeleid alsmede de daaraan ten grondslag gelegde beginselen in ogenschouw nemen.'<sup>13</sup>

Dan bespreekt de rechtbank de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 lid 2 BW. Dit is een open norm van privaatrechtelijke snit, die wordt gebruikt voor de in de inleiding beschreven grote variëteit aan gevaarzettingsituaties. Moet de Staat maatregelen nemen om de verwezenlijking van het gevaar tegen te gaan of de kans daarop te verkleinen?

De rechtbank komt met een rij gezichtspunten. Zij zal

'bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de Staat rekening houden met:

- i de aard en omvang van de schade als gevolg van klimaatverandering;
- ii de bekendheid en voorzienbaarheid van deze schade;
- iii de kans dat gevaarlijke klimaatverandering zich zal verwezenlijken;
- iv de aard van de gedraging (of het nalaten) van de Staat;
- v de bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen;
- vi de beleidsvrijheid die, met inachtneming van de publiekrechtelijke beginselen, aan de Staat toekomt bij de uitvoering van zijn publieke taak (...).'<sup>14</sup>

Ook bij de toets aan de hand van deze gezichtspunten grijpt de rechtbank terug op wat tussen partijen als vaststaand heeft te gelden. Zo overweegt de rechtbank over de bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen, waaronder zij mede verstaat de beschikbaarheid en doeltreffendheid van die maatregelen:

'Mitigatie kan, zo leidt de rechtbank uit de verschillende door partijen overgelegde rapporten af, op verschillende manieren worden bereikt. Te denken is aan beperking van het gebruik van fossiele brandstoffen onder meer door emissierechtenhandel of belastingmaatregelen, door de introductie van hernieuwde energiebronnen, door vermindering van het energiegebruik en door herbebossing en het tegengaan van ontbossing. De Staat heeft hierbij mede verwezen naar nieuwe technologieën zoals CO<sub>2</sub>-afvang en -opslag.'<sup>15</sup>

Klaarblijkelijk heeft de Staat in dit verband betoogd dat nieuwe technologieën het tegengaan van opwarming een *boost* kunnen geven. Tevergeefs, aldus de rechtbank:

'Urgenda heeft, zonder voldoende tegenspraak van de Staat, betoogd dat voor zover dergelijke technieken al in voldoende mate beschikbaar zijn (de CO<sub>2</sub>-afvang en -opslag verkeren nog in de experimentele fase), het niet aannemelijk is dat technieken van deze aard op korte termijn en dus tijdig kunnen worden toegepast. Urgenda heeft hierbij mede verwezen naar de daarvoor vereiste nadere regelgeving. (...) In de rapporten van het UNEP en het IPCC waarnaar de partijen hebben verwezen, wordt dan ook bevestigd dat later ingrijpen de noodzaak van nieuwe technologieën vergroot, terwijl de risico's en mogelijkheden daarvan onzeker zijn.'<sup>16</sup>

De rechtbank zegt hier dus dat de Staat een goede afloop afhankelijk maakt van middelen die zich nog niet hebben bewezen. De vraag rijst vervolgens of de Staat wel de vrijheid moet toekomen te speculeren op succesvolle nieuwe technieken. Op dit punt maakt de rechtbank een eigen keuze, waarbij zij terugvalt op de 'beginselen' die aan het Europese en internationale klimaatbeleid ten grondslag liggen en die wijzen op een bijzondere verantwoordelijkheid van de Staat om klimaatverandering tegen te gaan:

'De keuzevrijheid van de Staat wordt in dit geval (...) verkleind door de hiervoor reeds genoemde voor de Staat geldende publiekrechtelijke beginselen. Deze beginselen zijn immers ontwikkeld als gevolg van het bijzondere gevaar van klimaatverandering. Zij stellen dan ook grenzen aan de keuzevrijheid van de Staat.'<sup>17</sup>

Zo kan volgens de rechtbank de Staat het nemen van voorzorgsmaatregelen niet uitstellen op de enkele grond dat nog geen wetenschappelijke zekerheid bestaat over het precieze effect ervan.<sup>18</sup> Hierbij geldt dat als de Staat zou willen afwijken van genoemde publiekrechtelijke beginselen, hij daarvoor een voldoende rechtvaardiging zal moeten stellen en bewijzen. Dat heeft hij echter niet gedaan:

'Een rechtvaardigingsgrond zou gelegen kunnen zijn in de kosten. Van de Staat kan niet het onmogelijke worden gevergd en er mag op hem geen onevenredige hoge last worden gelegd. Maar zoals reeds is overwogen, is gesteld noch gebleken dat de Staat ten enen male over onvoldoende financiële middelen beschikt om tot hogere reductie maatregelen te komen. Evenzo kan niet worden geconcludeerd dat uit macro-economisch opzicht een belemmering bestaat om te kiezen voor een hoger emissiereductieniveau voor 2020.'<sup>19</sup>

Een van de middelen – een verhoging van het emissiereductieniveau in een bepaalde sector – zou volgens de Staat niet zijn toegestaan. Maar volgens de rechtbank spreekt de Staat zichzelf op dit punt tegen, waarbij de rechtbank andermaal teruggrijpt op de eigen stellingen van de Staat:

'De Staat heeft naar aanleiding van het betoog van Urgenda in meer algemene zin erkend dat het juridisch en feitelijk mogelijk is om voor de ETS-sectoren nationaal een verdergaand beleid te ontwikkelen dan het Europese. Naar het oordeel van de rechtbank belet de hier besproken Europese regelgeving de Staat dus niet om een hogere reductie voor 2020 na te streven.'<sup>20</sup>

<sup>10</sup> Urgenda, r.o. 4.29.

<sup>11</sup> Urgenda, r.o. 4.31.

<sup>12</sup> Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (PbEU 2003, L 275/32) bevat een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten voor grote energie-intensieve bedrijven, zoals grote elektriciteitscentrales en raffinaderijen. ETS staat voor Emission Trading System.

<sup>13</sup> Urgenda, r.o. 4.52.

<sup>14</sup> Urgenda, r.o. 4.63.

<sup>15</sup> Urgenda, r.o. 4.72.

<sup>16</sup> Urgenda, r.o. 4.72.

<sup>17</sup> Urgenda, r.o. 4.76.

<sup>18</sup> Urgenda, r.o. 4.76.

<sup>19</sup> Urgenda, r.o. 4.77.

<sup>20</sup> Urgenda, r.o. 4.80.

<sup>21</sup> Urgenda, r.o. 4.83.

<sup>22</sup> Urgenda, r.o. 4.84.

<sup>23</sup> Elbert de Jong vraagt zich af of partijen wel alle relevante informatie hebben aangedragen en hoever de lijdelijkheid van de rechter in dit verband strekt: E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?', *NTBR* 2015/46 in par. 3.2.

<sup>24</sup> L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis', *NJB* 2015, p. 2278-2288, maakt het wel erg bont, bijvoorbeeld door te suggereren dat de rechtbank ruimte had te beoordelen of 'de klimaatwetenschap onomstotelijk heeft aangevoerd dat de gevaren van klimaatverandering een sterke vermindering van de uitstoot van CO<sub>2</sub> noodzakelijk maken (...)' (p. 2280). Klaarblijkelijk legt hij aan zijn betoog ten grondslag dat een civiele rechter van andere feiten mag uitgaan dan partijen hem



Dan volgt toepassing van de *Kelderluik*-criteria, met een zorgplicht van de Staat als resultaat:

'Door de ernst van de gevolgen van klimaatverandering en de grote kans dat – zonder mitigerende maatregelen – gevaarlijke klimaatverandering zal intreden, concludeert de rechtbank dat op de Staat een zorgplicht rust om mitigatiemaatregelen te treffen.'<sup>21</sup>

Kan de gewenste reductie wel worden gevergd van de Staat? Ook hier verlaat de rechtbank zich op partijen, in het bijzonder op de eigen stellingen van de Staat:

'Dit zou slechts anders zijn wanneer de reductiedoelstelling van 25-40% tot een zodanig onevenredig zware last voor Nederland (in economisch opzicht) of de Staat (wegens zijn beperkte financiële middelen) zou leiden dat van deze – ter voorkoming van groot potentieel gevaar – doelstelling moet worden afgeweken. Maar dat dit het geval is, heeft de Staat niet gesteld. Integendeel: ook de Staat betoogt dat een verhoging van de reductiedoelstelling tot de mogelijkheden behoort.'<sup>22</sup>

Zo is de beslissing dat de Staat zijn ambitieniveau moet opkrikken niet alleen gegrond in de welbekende civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, gegeven voor gevaarsituaties en geadresseerd aan degene die bijdraagt aan het in stand houden van de dreiging en zelfs het verwezenlijken van het gevaar. Zij is ook geworteld in feiten en omstandigheden die de Staat zelf heeft erkend, in de procedure of daarbuiten, in een internationale context of jegens het parlement.<sup>23</sup> Die feiten en omstandigheden rechtvaardigen zowel de conclusie dat sprake is van een groot gevaar als het ambitieniveau dat nodig is om het gevaar te keren. Enkele critici van het vonnis zien dit over het hoofd.<sup>24</sup> Hun pijlen zouden zij moeten richten op de procespartijen die de reikwijdte van het rechterlijk werk bepalen – en op de overheid die er – gelukkig maar – voor kiest beleid te baseren op de huidige stand van wetenschap en techniek.<sup>25</sup>

**De beslissing dat de Staat zijn ambitieniveau moet opkrikken is niet alleen gegrond in de welbekende civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, zij is ook geworteld in feiten en omstandigheden die de Staat zelf heeft erkend**

Het is verleidelijk te denken dat de rechtbank zich hierbij heeft laten leiden door de Oslo Principles, een set beginselen die eind maart 2015 is uitgebracht door een internationale groep juristen uit de rechtspraak en rechtswetenschap.<sup>26</sup> Deze juristen betogen dat staten verplicht zijn bij te dragen aan het bestrijden van klimaatverandering en wel op een wijze en in een mate die gelijkenis vertoont met de zorgplicht die de rechtbank heeft aangenomen. De aanname dat de rechtbank zich door deze

Principles heeft laten leiden, heeft er ongetwijfeld mee te maken dat zowel partijen en de rechtbank in de *Urgenda*-zaak, als de auteurs van de Principles hebben geput uit dezelfde klimaattechnische en juridische bronnen.

Het zou ook volgens de Principles niet slechts gaan om een kwestie van moraal, maar om een rechtsplicht. De Principles doen een beroep op rechters:

'Judges willing to apply our principles or similar rules, even if their own legal system sets lower standards, should feel encouraged by the predominant view, also among leading politicians, that it is high noon and that much more must be done to avoid that we pass the fatal threshold. These and similar messages, quite often in the format of solemn pledges, cannot be interpreted in another way than: the present standards or practice fall short. In such a scenario, it would be unsatisfactory to apply the latter clearly insufficient "standards".'<sup>27</sup>

Blijkens de pleitnotities van nota bene de Staat zijn de Principles in de *Urgenda*-zaak wel genoemd, maar niet inhoudelijk behandeld.<sup>28</sup> We moeten er daarom van uitgaan dat ze geen rol van betekenis hebben gespeeld, aangenomen dat ze niet in het geding zijn gebracht en de rechtbank partijen ter gelegenheid van de pleidooien niet heeft gevraagd erop te reflecteren.

De partij die meent dat de Principles uiting geven aan wat nu als urgent en maatschappelijk betamelijk heeft te gelden, doet er goed aan ze in het geding te brengen, om zich er zo van te verzekeren dat de rechter zich vrij voelt om ze in de beoordeling te betrekken. Als zijn wederpartij vervolgens meent dat de Principles en de onderliggende stukken de juiste feiten en prognoses geweld aandoen ofwel van de Staat het onmogelijke vragen – in het licht van al het andere waarvoor de Staat moet zorgen – dan zal zij deze ondubbelzinnig en concreet moeten bestrijden, om te voorkomen dat de rechter ze aan zijn beoordeling ten grondslag kan leggen.

**Het zijn vanzelfsprekend de wetgevende en uitvoerende macht die de risico's moeten appreciëren en afwegen tegen andere kwaden**

### 3 Constitutionele commotie

Waarom al die constitutionele commotie? Ik begrijp de bezwaren van Geerten Boogaard tegen het vonnis. Zeker, de aanpak van klimaatverandering vergt méér dan het sluiten van het kelderluik. Het zijn vanzelfsprekend de wetgevende en uitvoerende macht die de risico's moeten appreciëren en afwegen tegen andere kwaden. Zij zijn er vervolgens voor de regelgeving, handhaving en investeringen die vast en zeker worden gedaan ten koste van andere goede en noodzakelijke doelen.

Hoezo zou de rechter zich met dit soort kwesties moeten inlaten? Loth en Van Gestel bieden hiervoor een verklaring vanuit het perspectief van veranderingen die zich in de rechtsorde

voorhouden. Verder geeft het geen pas dat Bergkamp inzoomt op een overweging over het door de eiser voorgehouden mitigatie-niveau (p. 2282) zonder de beoordeling van het daartegen gerichte verweer te bespreken (*Urgenda*, r.o. 4.72). Ook Backes gaat in par. 3 van zijn noot (*AB* 2015/336) aan de behandeling van het verweer voorbij.

25 R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias', *NJB* 2015, p. 2270-2277, noemt een aantal andere problemen die op de smalle basis van de maatschappelijke zorgvuldigheid aan de rechter kunnen worden voorgelegd, van antibiotica in de veeteelt en de teruggelopen defensiebudgetten tot de geluidsnormen bij muziekfestivals en de stigmatisering van zwarte mensen door Zwarte Piet (p. 2275). Dit is retoriek. De Rechtbank Den Haag krijgt met regelmaat principiële zaken tegen de overheid voorgelegd en hier tegen voert de Staat niet zelden met succes zowel feitelijk als juridisch verweer.

26 *Oslo Principles on Global Climate Change Obligations*, 1 maart 2015, beschikbaar via <http://globaljustice.macmillan.yale.edu/sites/default/files/files/OsloPrinciples.pdf>, gepubliceerd samen met *Oslo Principles Commentary*, beschikbaar via <http://globaljustice.macmillan.yale.edu/sites/default/files/files/Oslo%20Principles%20Commentary.pdf>, laatst geraadpleegd op 30 november 2015.

27 *Oslo Principles Commentary*, p. 72.

28 De pleitnotities waren op 30 november 2015 te raadplegen op [www.urgenda.nl/themas/klimaat-en-energie/klimaatzaak](http://www.urgenda.nl/themas/klimaat-en-energie/klimaatzaak).



hebben voorgedaan. Zij wijzen erop dat de rechter in een meerlagige rechtsorde moet zoeken naar een enigszins coherent of consistent toetsingskader, waarbij de nationale rechterlijke hiërarchie in betekenis afneemt. Zij komen tot de conclusie dat er geen sprake is van 'roekeloze rechtspraak', maar van 'rechtsvinding 3.0'.<sup>29</sup>

Maar verloor de rechtbank de nationale hiërarchie uit het oog? De rechtbank hield met zoveel woorden rekening met de ruimte die wetgever en regering nodig hebben om de samenleving in te richten en te regeren:

'Bij dit alles is van belang dat de hier besproken vordering niet strekt tot een gebod of bevel aan de Staat om bepaalde maatregelen van wetgeving of beleid te treffen. In geval van toewijzing van de vordering behoudt de Staat de volle, bij uitstek aan hem toekomende, vrijheid om te bepalen op welke wijze hij gevolg geeft aan het desbetreffende bevel.<sup>30</sup>

## Verloor de rechtbank de nationale hiërarchie uit het oog?

Hieraan kan worden toegevoegd dat de Staat zelf kennelijk niet heeft betoogd dat hij vreesde voor de ruimte om de samenleving volgens eigen plan in te richten en te regeren:

'Ook hierbij houdt de rechtbank rekening met het gegeven dat de Staat niet heeft gesteld dat hij feitelijk in de onmogelijkheid verkeert om het bevel uit te voeren. En ook hier geldt dat de Staat niet heeft betoogd dat andere, fundamentele, belangen die hij ook moet behartigen, hierdoor zouden worden geschaad.<sup>31</sup>

Bovendien, zo volgt uit de analyse in paragraaf 2, heeft de rechtbank zich niet of nauwelijks een eigen oordeel hoeven vormen over de vraag of er gevaar dreigt, wat er van de Staat in zo'n situatie wordt gevergd, wat de Staat in feite van plan is te doen en of er nog iets te vergen overblijft. Het is haar op een presenteerblad aangeboden.

Zo kan wat mij betreft het *Urgenda*-vonnis worden verklaard vanuit het perspectief van de procedure. De constitutionele grenzen zijn hier bepaald door hetgeen feitelijk en juridisch tussen partijen vast is komen te staan. De rechtbank heeft zich niet verlaten op betwiste onderzoeksrapporten, laat staan dat zij partij heeft gekozen in kamerdebatten of torentjes-overleg. Zij heeft de stand van de klimaatwetenschap en wat de Staat te doen staat, vastgesteld na de partijstandpunten te hebben gefileerd. Dan is eigenlijk sprake van 'roekeloze rechtspraak' noch 'rechtsvinding 3.0', maar van tamelijk traditionele rechterlijke arbeid.

Dit kan ook verklaren waarom in eerdere zaken over de zorgplicht van de Staat op grond van artikel 6:162 lid 2 BW constitutionele commotie is uitgebleven. In de zaak over de vuurwerkcramp in Enschede zou de Staat op grond van de *Kelderluik*-criteria sinds 1991 gehouden zijn maatregelen te nemen, en kwam geen andere maatregel in aanmerking dan een verbod op vuurwerkbedrijven in een bebouwde omgeving. Het Hof Arnhem verwierp dit betoog, waarbij

het overwoog dat de Staat bepaalde feitelijke gegevens over het dreigende gevaar niet kende en dat hij, gelet op wat hij wel wist, niet anders had hoeven te handelen dan hij in feite had gedaan. Het arrest kreeg de zegen van de Hoge Raad, waarbij de zorg voor bepaalde wetgevingsmaatregelen als zodanig niet ter discussie stond.<sup>32</sup>

De Staat schoot wel tekort in zijn zorg voor de veiligheid bij schoonmaakwerkzaamheden aan de sluis in de Maas bij Born. Schoonmakers namen de stopstreep onder handen, werkend vanaf de AGW I. De sluiswachter liet het water zakken en veroorzaakte daardoor een veranderende situatie die voor de schoonmakers en de AGW I gevaarlijk was. Het hof vond dat de Staat verantwoordelijkheid droeg voor de gang van zaken, mede gelet op artikel 7.1 van de Richtlijnen Vaarwegen 2011, op grond waarvan de sluisbeheerder het sluisen zo moet uitvoeren en het gedrag van de verkeersdeelnemer zodanig moet beïnvloeden dat de kans op ongevallen minimaal is. In cassatie betoogde de Staat dat dit oordeel leidt tot een onredelijke, zo niet onmogelijk te realiseren, strenge norm voor het door de Staat als beheerder van die infrastructurele werken te houden toezicht. Advocaat-generaal Spier wees erop dat dit verweer op gespannen voet staat met de Richtlijn Vaarwegen 2011, waarin de Staat 'geheel onverplicht' een strenge norm voor de bediening van sluisen heeft opgenomen, terwijl de Staat ook nog eens bij machte is het anders te regelen.<sup>33</sup> De Hoge Raad wijdde geen woord aan dit verweer en verwierp het cassatieberoep op grond van artikel 81 RO.<sup>34</sup>

## Wat mij betreft kan het *Urgenda*-vonnis worden verklaard vanuit het perspectief van de procedure. De constitutionele grenzen zijn hier bepaald door hetgeen feitelijk en juridisch tussen partijen vast is komen te staan

En het land Curaçao schond een zorgplicht jegens gedetineerde Martina die een dwarslaesie opliep tijdens het voetballen op de luchtplaats van de Bon Futuro-gevangenis. De ondergrond was te glad om te spelen. Het Land had veiligheidsmaatregelen moeten treffen.<sup>35</sup> Het beriep zich in cassatie naar zeggen van de advocaat-generaal op 'de exceptio non habet pecuniam, verpakt in het kleed van beleidsvrijheid'.<sup>36</sup> Schaarse middelen of niet, de Hoge Raad wijdde geen woord aan dit verweer.

In elk van deze zaken ging het om vergoeding van schade die als gevolg van de schending van de zorgplicht was geleden. In de laatste twee zaken laat zich evenwel een onderliggende norm herkennen. De overheid moet zich ambitieuzer tonen in de bescherming van mensen en schepen in de sluis of in de bescherming van gedetineerden in de Bon Futuro-gevangenis. Zou het verschil hebben gemaakt als met het oog op de toekomst een gebod was

- 29 R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015, p. 2604.
- 30 *Urgenda*, r.o. 4.101.
- 31 *Urgenda*, r.o. 4.101.
- 32 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*Vuurwerkcramp Enschede*).
- 33 ECLI:NL:PHR:2015:850, onderdeel 3.5-7.
- 34 HR 25 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2845, *RvdW* 2015/1019.
- 35 HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:47, *NJ* 2013/366 (*Bon Futuro*).
- 36 Zie onderdeel 3.6.f van de conclusie van advocaat-generaal Spier, ECLI:NL:PHR:2013:BZ9283.



gevorderd om die bescherming voortaan metterdaad te bieden? Dit is een retorische vraag. De incidenten brengen een inactieve houding van de overheid aan het licht. Indien er geen concrete aanwijzingen zijn van beterschap, ligt een gebod voor het grijpen.

#### 4 De Staat en ondernemingen: uitwisselbare gevaarzetters

Alle aandacht voor de beleidsvrijheid van de Staat en de verbinding met mensenrechten en internationale afspraken doen vermoeden dat de gevonden zorgplicht alleen geldt voor de Staat. Toch zijn er aanwijzingen dat ondernemingen net zozeer kunnen worden aangesproken op een zorgplicht. Als de Staat en ondernemingen als min of meer uitwisselbare gevaarzetters kunnen worden beschouwd, is er wat voor te zeggen over de constitutionele bezwaren heen te stappen.

### Als de Staat en ondernemingen als min of meer uitwisselbare gevaarzetters kunnen worden beschouwd, is er wat voor te zeggen over de constitutionele bezwaren heen te stappen

De Oslo Principles kennen niet alleen staten, maar ook ondernemingen als normadressaat. Het eerste Principle, het voorzorgsbeginsel, vergt dat:

- '1) GHG (greenhouse gas, AGC) emissions be reduced to the extent and at a pace necessary to protect against the threats of climate change that can still be avoided; and
- 2) the level of reductions of GHG emissions required to achieve this, should be based on any credible and realistic worst-case scenario accepted by a substantial number of eminent climate change experts.'

Het zesde Principle vergt van zowel staten als ondernemingen dat zij het voorzorgsbeginsel in acht nemen:

- 'States and enterprises must take measures, based on Principle 1, to ensure that the global average surface temperature increase never exceeds pre-industrial temperature by more than 2 degrees Celsius.
- a. The extent of the measures legally required must be determined in light of the Precautionary Principle, defined in Principle 1.
- b. The permissible quantum of GHG emissions that a State or enterprise may produce in a specific year must be determined in accordance with this Principle.'

Zij moeten dit doen, ook al is hun eigen aandeel in de totale uitstoot van broeikasgassen klein (elfde Principle) en zelfs als zouden nationale of internationale afspraken resulteren in een lager ambitieniveau (twaalfde Principle). De Principles maken geen onderscheid tussen ondernemingen, bijvoorbeeld naar gelang hun sector of plaats van vestiging.<sup>37</sup> Wel geven zij een aantal aanwijzingen specifiek voor ondernemingen, bijvoorbeeld ter zake van transparantie en effectmetingen, geïnspireerd door de OECD Guidelines for Multi-national Enterprises

(2011), de Equator Principles, de IFC Environmental, Health and Safety General Guidelines en de IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability. Zo wordt duidelijk hoezeer de verantwoordelijkheid van ondernemingen al deel uit maakt van het internationale debat over de bestrijding van klimaatverandering, en hoe klein de stap is naar een rechtsplicht die rekening houdt met de praktische mogelijkheden.

### Het commentaar op de Principles bevestigt dat de juridische infrastructuur voor aansprakelijkheid van staten en ondernemingen al klaar ligt

Het commentaar op de Principles bevestigt dat de juridische infrastructuur voor aansprakelijkheid van staten en ondernemingen al klaar ligt. De zorgplicht kan worden beschouwd als een *offspring* van bijvoorbeeld één van de Principles of European tort law die als 'required standard of conduct' aanwijst die van de 'reasonable person' in gelijke omstandigheden. Wat redelijk is hangt onder meer af van 'the nature and value of the protected interest involved', 'the dangerousness of the activity', 'the foreseeability of the damage' 'as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods'.<sup>38</sup> Voor gevaarstelling geven de Principles of European tort law een bijzondere gedragsnorm:

- 'A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.'<sup>39</sup>

De grondslag is dezelfde als die de rechtbank heeft gebruikt in de *Urgenda*-zaak. De zorgplicht is gericht tot de partij die een gevaarlijke situatie schept of wordt geacht die situatie te beheersen. Ook hier worden het bestaan en de omvang beheerst door verschillende gezichtspunten die verwantschap vertonen met de *Kelderluik*-criteria. De ambities van ondernemingen zijn niet uitgedrukt in percentages, gedifferentieerd naar bedrijfstak of plaats van vestiging. Wel zijn ze uitgewerkt in praktische zin, bijvoorbeeld in een gebod:

- 'to refrain from starting new activities that cause excessive GHG emissions, including, for example, erecting or expanding coal-fired power plants, without taking countervailing measures, unless the relevant activities can be shown to be indispensable in light of prevailing circumstances, as might be the case, in particular, in the least developed countries.'<sup>40</sup>

Met zo'n gebod zou een rechter uit de voeten moeten kunnen.<sup>41</sup>

De zorgplicht van de Staat is ingegeven door mensenrechten en – kort gezegd – internationaal afgesproken milieudoelen. Reflex-

37 Oslo Principles Commentary, p. 92.

38 Art. 4:102.

39 Art. 4:103.

40 Oslo Principle 8.

41 Iets anders is of er een aanspraak op schadevergoeding bestaat. Vergelijk de klimaatovereenkomst van Parijs: volgens overweging 52 biedt art. 8 geen grondslag voor schadevergoeding.



werking van mensenrechten en milieudoelen op de zorgplicht van ondernemingen is niet vanzelfsprekend, omdat mensenrechten zich bij uitstek richten tot de overheid, terwijl in de regel alleen overheden partij zijn bij afspraken over milieudoelen. Dit staat het aannemen van een vergelijkbare zorgplicht niet in de weg, gegeven de mogelijkheid van horizontale werking van mensenrechten en de urgentie van de milieudoelen. Daar komt bij dat vele multinationale ondernemingen, hun investeerders, financiers, toeleveranciers en afnemers zich tegenwoordig committeren aan mensenrechten en milieudoelen in het kader van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Denk aan het Global Compact van de Verenigde Naties, dat ondernemingen uitnodigt zich te committeren aan een tiental beginselen, waarvan het eerste over mensenrechten gaat en het zevende is gewijd aan het milieu, geïnspireerd door de Rio Declaration on Environment and Development.<sup>42</sup> Ondernemingen leggen in hun onderlinge contractuele rechtsverhoudingen uitdrukkelijk vast dat men bepaalde codes in acht zal nemen, op straffe van maatregelen die variëren van een goed gesprek over beterschap tot beëindiging van de rechtsverhouding.

## Was het in de kern niet een simpele zaak?

Zo is denkbaar dat de rechter ook in zakelijke verhoudingen een heel eind kan komen met het vaststellen van de ernst van het klimaatgevaar en van wat vol-

gens partijen zelf van de onderneming in kwestie kan worden verwacht. De onderneming die zich in deze context in feite minder ambitieus toont, zal zichzelf tegenkomen, zoals de Staat in de *Urgenda*-zaak.

## Vader Staat moet door de rechter kunnen worden aangespoord het zijne te doen, zoals elke andere gevaarsetter in soortgelijke situaties

### 5 Eind

Was het in de kern niet een simpele zaak? Zou Vader Staat hebben gezien dat Duchateau in rechte lijn naar de wc van café De Munt liep, terwijl het kelderluik voor de wc open stond, dan wordt hem de maat genomen. Barman Urgenda roept: 'zorg ervoor dat hij niet in de kelder valt!'. Maar Vader Staat – aangesteld om cafébezoek in goede banen te leiden – volgt de koers van de man en biedt hem misschien zelfs een arm aan, in de hoop en de verwachting dat Duchateau op tijd afbuigt of dat juist op tijd Sjouwerman met colakratjes uit het luik komt. Deze Vader Staat moet door de rechter kunnen worden aangespoord het zijne te doen, zoals elke andere gevaarsetter in soortgelijke situaties.

Leve het gouden Kelderluik.

<sup>42</sup> UN Global Compact's Ten Principles, beschikbaar via [www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7](http://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles/principle-7), laatst geraadpleegd op 30 november 2015.

