

# Opwarming van de Aarde en de Kelderluikcriteria

*M en R* 2016/43



De Urgenda-zaak wordt in deze bijdrage afgezet tegen de gevaarzettingsjurisprudentie van de Hoge Raad. Niet wordt ingegaan op andere aspecten van de zaak, zoals de problematiek rond de Trias Politica. Vanuit de gekozen invalshoek wordt betoogd dat de inkleuring van de ‘open’ onrechtmatigheidsfactoren door de rechtbank en de uitkomst, zeker gezien het partijdebat en de vaststaande feiten, verdedigbaar zijn.

## 1. Inleiding

De Urgenda-zaak gaat over het antwoord op de vraag of de Staat ten opzichte van Urgenda de rechtsplicht heeft om de uitstoot van broeikasgassen verder te beperken dan uit de voornemens van de Nederlandse regering voortvloeit.<sup>2</sup> Om de kans op een ernstige dreigende klimaatverandering te voorkomen meent de rechtbank van wel. Zij geeft de Staat het bevel de jaarlijkse emissie van broeikasgassen verder te beperken. Hiermee zet de rechtbank het aansprakelijkheidsrecht preventief in.

De uitspraak heeft tot discussie op diverse deelaspecten ervan geleid. In deze bijdrage beperk ik mij tot de vragen aangaande het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en gevaar-zetting. Ik zal dus niet ingaan op vragen die spelen in het kader van de Trias Politica, de rolverdeling tussen rechter en wetgever en de positie van een NGO als Urgenda. Deze worden in dit themanummer en elders al uitvoerig besproken.<sup>3</sup>

Urgenda spreekt de Staat aan als medeveroorzaker van een (dreigende) gevaarlijke klimaatverandering aan. Hoe dan ook meent zij dat deze medeveroorzaking hem naar verkeersopvattingen kan worden toegerekend. In de tweede

plaats vindt Urgenda dat de Staat inbreuk pleegt op haar grondrechten, al dan niet ‘over de band’ van onrechtmatig handelen. In dat kader wijst zij onder meer op art. 21 Grondwet, art. 2 en 8 EVRM en het VN-Klimaatverdrag<sup>4</sup>. Hier en daar leest het vonnis als een casus uit een leerboek aansprakelijkheidsrecht. Ingevolge art. 6:162 BW is sprake van een onrechtmatige daad bij een inbreuk op een recht of een doen of nalaten in strijd met een wettelijk plicht. Ook kan sprake zijn van een onrechtmatige daad als in strijd wordt gehandeld met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Op de eerste twee grondslagen doet Urgenda een beroep voor haar stelling dat haar grondrechten worden geschon-den. Omdat de Staat tevens medeveroorzaker is van een onrechtmatige gevaarlijke klimaatverandering handelt zij volgens Urgenda in strijd met de maatschappelijke beta-melijkheid.

Van strijd met een wettelijke plicht of strijd met een subjectief recht is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake. Allereerst is de in art. 21 Grondwet opgenomen zorgplicht van de Staat voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en de verbetering van het leefmilieu te on-bepaald. Bij de diverse verdragen gaat het voorts niet om voorschriften die ‘een ieder verbindt’ in de zin van art. 93 Grondwet, maar om verplichtingen jegens andere staten. Urgenda kan daar geen rechtstreeks beroep op doen.<sup>5</sup> Wel overweegt de rechtbank:

“4.43 Dit laat onverlet dat een staat wordt vermoed zijn volkenrechtelijke verplichtingen te willen nakomen. Daaruit volgt het beginsel dat een norm van nationaal recht – een wettelijk voorschrift of een ongeschreven rechtsnorm – niet mag worden uitgelegd of toegepast op een wijze waardoor de staat in kwestie een volkenrechtelijke verplichting schendt, tenzij geen andere interpretatie of toepassing mogelijk is. In de rechtspraak wordt deze regel algemeen erkend. Dit heeft tot gevolg dat de rechter bij de toepassing en invulling van nationaalrechtelijke open normen en begrippen, zoals de maatschappelijke betamelijkheid, de redelijkheid en billijkheid, het algemeen belang of bepaalde rechtsbeginselen, rekening houdt met dergelijke volkenrechtelijke verplichtingen. Zo krijgen deze verplichtingen een “reflexwerking” in het nationale recht.”

en:

“4.52 (...) In de eerste plaats kan uit deze regels worden afgeleid welke mate van beleidsvrijheid de Staat toe-komt bij de wijze waarop hij de hem gegeven taken en

1 Chris van Dijk is advocaat/partner bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

2 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:714, *M en R* 2016/38, *TGMA* 2015/6, m.nt. Hulst, *AB* 2015/336, m.nt. Backes, r.o. 4.1.

3 Zie de bijdrage in het vorige themanummer over Urgenda van A.W. Heringa, Rechter en politiek: verzaakt de politiek/wetgever of dient de rechter juist het belang van de wetgever?, *M en R* 2016/34.

4 Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering, *Trb.* 1992, 189.

5 Vgl. HR 6 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8071.

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 (...).”

Op de door de rechtbank aangenomen schending van de zorgplicht door de Staat – dus strijd met de maatschappelijke betamelijkheid – ga ik in dit artikel nader in. De criteria die gelden voor de beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatige gevaarzetting, want daar gaat het hier om, zal ik mede aan de hand van enige rechtspraak in paragraaf 2 nader uitwerken. In paragraaf 3 bespreek ik de beslissing van de rechtbank. In paragraaf 4 trek ik de conclusie dat discussie over de uitspraak mogelijk is maar dat de rechtbank vanuit het perspectief gevaarzetting een goed gemotiveerd vonnis heeft afgeleverd.

## 2. Onzorgvuldig handelen en enige gevaarzettingjurisprudentie

### 2.1 De open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid en de inkleuring door de Kelderluikcriteria

De ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ is zonder invulling betekenisloos; zij is een open rechtsnorm, die ingevuld moet worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Aangezien het gaat om het formuleren van rechtsnormen met een algemeen karakter die gelding hebben in soortgelijke gevallen dient de rechter zoveel mogelijk objectieve aanknopingspunten te zoeken voor zijn beslissing. Als zodanig komen in aanmerking *‘verdrags-, richtlijn- en wetbepalingen die betrekking hebben op gedragingen waarmee de gedraging, waarvan de onrechtmatigheid wordt ingeroepen, verwantschap vertoont; algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen; gebruiken (...) die in een bepaalde sector van het maatschappelijk verkeer gelding hebben; en de vergelijking met aanverwante gevallen (...)’*.<sup>6</sup> Onder meer verdragsbepalingen kunnen worden gebruikt om open wettelijke normen, zoals maatschappelijke zorgvuldigheid, in te vullen. Deze ‘reflexwerking’ wordt in de rechtspraak en literatuur algemeen erkend.<sup>7</sup> Voor deze ‘reflexwerking’ is wel nodig dat sprake is van voldoende concrete aanknopingspunten.

Voor het antwoord op de vraag of sprake is van onrechtmatige gevaarzetting spelen de zgn. Kelderluikcriteria, in Nederland door de Hoge Raad voor het eerst ontvouwd in een arrest van 5 november 1965, een prominente rol.<sup>8</sup> In de literatuur en rechtspraak zijn deze verder ontwikkeld tot het antwoord op de vraag naar: (1) de waarschijnlijk-

heid dat de schade zal ontstaan; (2) de aard en omvang van de gevreesde schade; (3) de aard van de gedraging; en (4) de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgmaatregelen.<sup>9</sup> Bij het eerste punt, de waarschijnlijkheid, gaat het om *kansverhoging*, om de waarschijnlijkheid van het ongeval en om de waarschijnlijkheid van een ongeval *in het algemeen*. Het vaak ook genoemde vereiste van *‘de grootte van de kans dat niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid wordt betracht’* is hier een onderdeel van. Bij de omvang van de schade is de aantasting van het belang van de benadeelde relevant en bij de aard van de schade het type schade. Zo zal letselschade beschermingswaardiger zijn dan vermogensschade. Punten 1 en 2 bepalen in feite het risico.<sup>10</sup> De punten 3 en 4 bepalen de omvang van de te betrachten zorg.<sup>11</sup> Bij de beoordeling van de bezwaarlijkheid spelen de kosten, tijd en moeite van de te nemen maatregelen een rol.

De Kelderluikcriteria zijn communicerende vaten. Zo kan het scheppen van een kleine kans op schade onrechtmatig zijn als de mogelijke schade zeer groot is.<sup>12</sup> Niet reeds de enkele mogelijkheid van schade als verwezenlijking van aan een bepaald gedrag doet dat gedrag onrechtmatig zijn. Gevaarscheppend gedrag is eerst onrechtmatig indien de mate van waarschijnlijkheid van schade als gevolg van dat gedrag zo groot is dat de betrokkene zich van dat gedrag had moeten onthouden.<sup>13</sup>

### 2.2 Een soortgelijk beoordelingskader geldt in vele landen

In vrijwel alle ontwikkelde rechtstelsels wordt een soortgelijk beoordelingskader bij gevaarzetting gehanteerd. In een artikel in NTBR bespreekt Van Maanen soortgelijke rechtspraak uit Frankrijk, Duitsland, Engeland en België.<sup>14</sup> Onder meer kunnen daar nog de Verenigde Staten, Canada, Australië, Nieuw-Zeeland en Zuid-Afrika aan worden toegevoegd.<sup>15</sup>

In het licht van het vorengaande is het begrijpelijk dat dit beoordelingskader in art. 4:102 (Required standard

6 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2011/76.

7 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, Kluwer 2000, 75. vgl. verder Asser/Hartkamp 3-I\* 2008/141 e.v., M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van het burgerlijk recht* (diss. Leiden 2001), p.293 e.v. J.W.A. Fleuren, ‘Een ieder verbindende bepalingen van verdragen’; HR 8 april 1994, NJ 1994/704, HR 30 januari 2004, NJ 2008/536.

8 HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten en bijv. HR 7 april 2006, NJ 2006/244; zie hierover en het niet limitatief zijn van de Kelderluikcriteria Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Boom 2000, nr. 811.

9 Zie bijv. G.E. van Maanen, ‘De Nederlandse kelderluikarresten. Al meer dan honderd jaar –rechtseconomisch (!)- op de goede weg in Europa!’, *NTBR* 2008/5.

10 Zie Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Boom 2000, par. 804 e.v.

11 Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Boom 2000, par. 811 e.v.

12 Een voorbeeld is HR 29 november 2002, NJ 2003/549.

13 Vgl. HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5784, NJ 2001/300, m.nt. J. Hijma.

14 G.E. van Maanen, ‘De Nederlandse kelderluikarresten. Al meer dan honderd jaar –rechtseconomisch (!)- op de goede weg in Europa!’, *NTBR* 2008/5; zie ook uitvoerig C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford 2006, o.m. par 189 e.v.

15 Zie over de toepassing van rechtens in vele landen van dit beoordelingskader J. Spier, *Climate Change Remedies*, Eleven International Publishing, 2014, p. 46 e.v. en de aldaar genoemde vindplaatsen.

of conduct) van de Principles of European Tort Law is opgenomen.<sup>16,17</sup>

“(1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, (...), as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods.”

Ook in de Restatement of torts (Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm § 3 (P.F.D. No. 1, 2005)) van het American Law Institute blijkt van een soortgelijk beoordelingskader:<sup>18</sup>

### “Tort of negligence

Primary factors to consider in ascertaining whether the person's conduct lacks reasonable care are

1. the foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm,
2. the foreseeable severity of any harm that may ensue,
3. and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.”

### 2.3 De Kelderluikcriteria gelden ook voor toetsing van handelen of nalaten van de overheid

De Kelderluikcriteria schemeren door in veel afwegingen op het gebied van aansprakelijkheidsrecht, ook buiten het terrein van gevaarstelling<sup>19</sup> en ook in een meer publiekrechtelijke setting. Onder meer valt te wijzen op de procedures die gevoerd zijn naar aanleiding van de vuurwerkkramp in Enschede. Naast S.E. Fireworks als primaire veroorzaker van het gevaar werden de gemeente en de Staat als toezichthouders verweten dit gevaar niet te hebben beperkt. De door de rechter te beantwoorden vraag was “of het risico dat de Staat en/of de Gemeente kende(n) of behoorde(n) te kennen, gelet op de ernst van de mogelijke effecten en de kans dat deze effecten zouden optreden, zodanig was, dat daaruit voor de Staat en/of de Gemeente de rechtsplicht voortvloeide om (andere of meer) maatregelen te nemen ter verkleining of uitsluiting van dat risico”. Toetsend aan de Kelderluikcriteria komt het hof tot de conclusie dat de gemeente en Staat niet aansprakelijk zijn omdat zij geen kennis hadden van de gevaren en dat ook niet behoefden te

hebben.<sup>20</sup> De Kelderluikcriteria zijn dus niet alleen relevant voor de beoordeling van het gedrag/nalaten van degene die het gevaar zelf in het leven roept maar ook voor dat van de toezichthouder.<sup>21</sup> Hierbij moet natuurlijk wel ieders rol in oenschouw worden genomen.

In de Urgenda-procedure heeft de Staat gesteld dat de zaak zich niet zou lenen voor beoordeling aan de hand van de gevaarzettingscriteria en dat de bestaande rechtspraak niet ziet op een situatie die Urgenda aan de orde stelt. Zo heeft de Staat de gevaarsituatie, de klimaatverandering, niet in het leven geroepen (zij is geen actieve veroorzaker), gaat het niet om een situatie die voor anderen gevaarlijk is als zij niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht nemen en evenmin om het antwoord op de vraag of de Staat degene die een concrete schade dreigt te leiden als gevolg van klimaatverandering moet waarschuwen voor die schade, aldus de Staat. De rechtbank onderkent dat er verschillen zijn, maar oordeelt dat er zoveel verwantschap is met deze jurisprudentie dat een aantal criteria bruikbaar zijn voor de toets aan de maatschappelijke zorgvuldigheid.<sup>22</sup> Gezien de ruime toepassing van de Kelderluikcriteria, de hiervoor uiteengezette evolutie ervan en jurisprudentie terecht.

### 2.4 Parallelen zijn te trekken met de asbest- en tabaksjurisprudentie

In veel opzichten zijn er parallellen te trekken tussen de vorderingen gebaseerd op opwarming van de aarde en de tabaks- en asbestzaken. Soortgelijke vragen spelen als naar kennis van en wetenschappelijke onzekerheid over de gevaren, omvang daarvan, causaliteit en alternatieve oorzaken. Hierbij moet onder ogen worden gezien dat het om een schuldansprakelijkheid gaat en dat van de aangesproken partij pas verlangd kan worden dat hij maatregelen neemt vanaf het moment dat het gevaar kenbaar is. Dit kenbaarheidsvereiste is in die zin geobjectiveerd dat het niet alleen gaat om gevaren die de aangesprokene werkelijk kent, maar ook om de gevaren die hij gezien de stand van de techniek destijds redelijkerwijs had kunnen en moeten kennen. Evenals in asbestzaken kan van de Staat worden verlangd dat onderzoek naar de gevaren van broeikasgassen wordt gedaan en zij zich laten voorlichten door deskundigen. Daarbij is ook de kennis buiten Nederland relevant.<sup>23</sup>

Vervolgens is van belang wanneer actie mag worden verlangd. Ook wat dat betreft lijkt de bij asbestzaken gehanteerde toets bruikbaar. Gekeken moet worden naar de mate van zekerheid die in de wetenschap bestond (ex tunc) omtrent tussen het verband met de uitstoot van broeikasgassen

16 Zo ook van Maanen a.w. en Spier a.w. p. 47.

17 Zie ECTL Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wenen, 2005; deze principes zijn door de European Group on Tort Law, gezaghebbende academici zonder binding aan een specifieke achterban of organisatie, opgesteld. Hiermee is beoogd de fundamenten van tort law in Europa vast te leggen. Bindend zijn de principes dus niet, maar zij zijn wel een belangrijke indicatie van de stand op het gebied van tort law.

18 The American Law Institute is een invloedrijke, onafhankelijke Amerikaanse organisatie die tot haar (wetenschappelijke) doelstelling rekent het verduidelijken, moderniseren en verbeteren van het recht. Haar publicaties hebben grote invloed op de wetgeving en uitspraken van de rechter in de Verenigde Staten.

19 Vgl. bijv. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1406 (beroepsaansprakelijkheid).

20 Hof Den Haag 28 augustus 2010, JA 2011, m.nt. I. van der Zalm en S.E. Poutsma, zie ook HR 9 juli 2010, NJ 2015/343 tussen verzekeraars en de Staat over de vuurwerkkramp, waarin de Hoge Raad het arrest van het Hof Arnhem waarin eveneens aan de Kelderluikcriteria werd getoetst sauveerde.

21 Vgl. Hof Den Haag 22 maart 2011, AB 2011/245.

22 R.o. 4.54; Vgl. J. Spier, *Climate Change Remedies*, Eleven International Publishing, 2014, p.1-120; W. Braams, A. Van Rijn en M.W. Scheltema in *Klimaat en recht*, Kluwer 2010, p. 5 en Chr.H. van Dijk, *Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde*, NJB 2007, 2333.

23 Vgl. (voor asbest) HR 6 april 1990, NJ 1990/573, m.nt. P.A. Stein.

en de schade en wat bekend was omtrent de ernst van het gevaar. Vervolgens moet rekening worden gehouden met enig tijdsverloop dat gemoeid zal zijn met onderzoek naar bijvoorbeeld alternatieve, schonere, productiemethoden.<sup>24</sup>

### 2.5 Deelaansprakelijkheid

Ten slotte is relevant om enige aandacht te besteden aan deelaansprakelijkheid. Vaststaat dat het wereldwijde emissieniveau slechts voor een klein deel voor rekening komt van de Staat. Geen enkele emissie van één enkele Staat is hoog genoeg om de gevaarlijke drempel voor klimaatverandering te overschrijden. Kan bij een dergelijke samenloop van verschillende oorzaken die slechts door cumulatie tot schade leiden toch sprake zijn van onrechtmatigheid? In het zgn. Kalimijnenarrest van de Hoge Raad deed zich een in grote lijnen vergelijkbare situatie voor.<sup>25</sup> Deze zaak ging over zoutlozingen door de Franse Kalimijnen ('MDPA') in de Rijn, die samen met natuurlijke oorzaken zorgden voor te hoge zoutconcentraties. Door deze te hoge zoutconcentraties leden kwekers stroomafwaarts schade. Zij stelden de Kalimijnen aansprakelijk. De Kalimijnen beargumenteerden dat de kwekers ook zonder hun lozingen de schade zouden hebben geleden en dat hun gedrag daarom niet onrechtmatig was. Ten aanzien van de (geschonden) zorgvuldigheidsnorm overweegt de Hoge Raad:

"3.3.2. (...) dat het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken afhangt van de aard, de ernst en de duur van de aan deze laatste toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval, waarbij o.m. moet rekening worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen. Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild."

Volgens de Hoge Raad was het aandeel dat aan de Franse zoutlozingen was toe te schrijven relatief gering, maar niet verwaarloosbaar klein. Elke zoutlozing die niet verwaarloosbaar klein was droeg bij aan het ontstaan van de schade.

"3.5.1. (...) Uitgaande (...) van het (...) lineaire verband tussen de zoutbelasting en de kwaliteit van de gewassen hebben Rb. en hof met juistheid geoordeeld dat aan MDPA als gevolg van de onrechtmatige lozingen moet worden toegerekend een zodanig aandeel in de totale kosten van evenbedoelde maatregelen als overeenkomt met het aandeel van de zoutlozingen in de totale zoutbelasting van het boezemwater."

Hoewel geen lozing van de Kalimijnen op zichzelf voldoende was om een *condicio sine qua non* verband met overschrijding vast te stellen nam de Hoge Raad toch aansprakelijkheid aan naar rato van de mate waarin de aangesproken partij had bijgedragen aan het veroorzaken van de totale schade.<sup>26</sup>

In de volgende paragraaf zal ik ingaan op de beslissing van de rechtbank.

## 3. De beslissing van de rechtbank

### 3.1 Partijen zijn het over vrijwel alle feiten eens

Bijzonder aan deze zaak is dat partijen het in eerste aanleg over vrijwel alle feiten eens zijn. Dit vereenvoedigde het werk van de rechtbank aanzienlijk omdat zij geen kant hoefde te kiezen in het gecompliceerde klimaatdebat zelf en de kwaliteit van de diverse deskundigenrapporten niet behoefde te wegen.<sup>27</sup>

"4.3 (...) De rechtbank ziet zich geconfronteerd met een geschil waarin lastige en veelomvattende "klimaat technische" vragen aan de orde zijn. De rechtbank beschikt niet zelf over deskundigheid op dit terrein. Zij zal zich baseren op hetgeen partijen in dit opzicht 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 (...)"

Waar zijn partijen het zoal over eens?

- Dat de aarde (grotendeels) opwarmt door menselijke uitstoot van broeikasgassen en dat dit zeer bedreigend is voor mens en milieu.
- Dat bij een mondiale temperatuurstijging van 2 graden boven het pre-industriële niveau (referentiejaar 1850) het risico bestaat op een gevaarlijke, onomkeerbare verandering van het klimaat met zeer grote negatieve gevolgen voor mens en milieu, zowel op lokaal als wereldniveau.
- Dat de concentratie broeikasgassen in de atmosfeer moet stabiliseren op 450 ppm (parts per million) voor een kans van 66% om de tweegradendoelstelling te kunnen behalen.

<sup>24</sup> HR 25 juni 1993, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein.

<sup>25</sup> HR 23 september 1988, NJ 1989/743; zie over de parallel ook J. Spier, *Injunctive Relief: Opportunities and Challenges: Thoughts About a Potentially Promising Legal Vehicle to Stem the Tide*, in: *Climate Change Remedies* (red. J. Spier en U. Magnus), Eleven International Publishing 2014, p. 47 en T. Huydecoper, *It's easy to blame the weather*, in: *De Spier bundel, De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Kluwer 2016, p. 282.

<sup>26</sup> Zie A.J. Akkermans, *Veroorzaking van deelschade*, WPNR (1992) 6043, p. 249 e.v.

<sup>27</sup> Vgl. A.G. Castermans, *Het klimaatgevaar en het gouden Kelderluik*, *Ars Aequi*, januari 2016, 34-40 en M.A. Loth, *AV&S 2015/25*, p. 153.

- Dat daarvoor volgens het IPCC, waarvan Nederland lid is en wier conclusies zij onderschreef, nodig is dat de uitstoot door de Annex I-landen, kort gezegd de Westerse Industriële wereld, in 2020 25-40% lager is dan de uitstoot in 1990 en in 2050 80-95% lager.
- Dat Nederland in overeenstemming hiermee heeft meegewerkt aan het tijdens de klimaatconferentie van Cancun (2010), een uitvloeisel van het VN-klimaatverdrag, tot stand gekomen besluit waarin is vastgelegd dat Annex I-landen minimaal een reductie van 20-40% moeten bereiken in 2020.
- Dat volgens het IPCC mitigatie, (verminderde uitstoot) op korte termijn veel minder kosten en risico's met zich brengt dan adaptatie, aanpassing vanwege de gevolgen van uitstoot, op lange(re) termijn. De tijd waarbinnen adequate actie nog mogelijk is werd in 2007 door het IPCC geschat op 10-15 jaar.

Het vorengaande blijkt ook uit de vele in het vonnis aangehaalde verdragen, organisaties of rapporten van deskundigen waarbij Nederland partij is of die zij heeft onderschreven. Ik noem onder meer het VN-Klimaatverdrag dat Nederland heeft ondertekend, het in het kader daarvan overeengekomen Kyoto Protocol<sup>28</sup> en Doha Amendement<sup>29</sup> en de als uitvloeisel van het VN-Klimaatverdrag gehouden klimaatconferenties. Van groot belang is ook het door het United Nations Environment Program opgerichte Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), waarvan Nederland met 194 andere landen lid is, wier rapporten Nederland onderschrijft. Kenbaarheid van het gevaar was in deze zaak dus geen probleem, evenmin als het bepalen van *'the State of the art'*.

Ook was niet in discussie dat Nederland tot ongeveer 2010 uitging van een reductiedoelstelling voor 2020 van 30% (ten opzichte van 1990). Aangezien de EU zich in internationaal opzicht verbond aan een lagere reductiedoelstelling voor 2020 van 20% (met een verhoging naar 30% indien andere Annex I-landen zich tot eenzelfde reductiedoelstelling zouden verplichten) heeft Nederland zich hierbij nadien aangesloten. Voor haar komt dit neer op een totale reductie in 2020 van naar verwachting 14-17%. Voor 2030 committeert Nederland zich aan een reductie van 40% voor de EU en voor 2050 gaat zij uit van een reductiepercentage van 80-95% voor de gehele EU. Of Nederland dat mag doen is de inzet van dit geschil. Urgenda meent van niet omdat zij dan voor 2020 een lagere reductiedoelstelling hanteert dan de in de klimaatwetenschap en het internationale klimaatbeleid aanvaardde norm van 25-40% ten opzichte van 1990.<sup>30</sup>

28 Het Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering (*Trb.* 2007, nr. 206 en *Trb.* 2013, nr. 44).

29 FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, Decision 1/CMP.8. FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, Decision 1/CMP.8.

30 Hiertegen de bijdrage in het vorige themanummer over Urgenda van dr. D.L. Meyer, Urgenda-vonnis ontbeert goede wetenschappelijke onderbouwing, *M en R* 2016/36.

## 3.2 De beoordeling van de rechtbank van de gevaarzetting

### 3.2.1 Doelstellingen en beginselen die volgens de rechtbank volgen uit internationaal klimaatbeleid

Met vorenstaande tussen partijen vaststaande feiten gewapend gaat de rechtbank over tot beantwoording van de vraag of sprake is van onrechtmatige gevaarzetting. Dat doet zij onder meer aan de hand van de hiervoor aan de orde gekomen Kelderluikcriteria. Een aantal doelstellingen en beginselen die volgen uit internationaal klimaatbeleid, het VN-Klimaatverdrag, met name artikelen 2 en 3, en het Europees milieubeleid stelt de rechtbank daarbij voorop, waarbij zij onderkent dat deze door hun internationale en publiekrechtelijke karakter geen directe werking hebben. Eerst wijst zij op de volgende 3 beginselen van art. 3 van het VN-Klimaatverdrag:

- (i) het billijkheidsbeginsel, dat onder meer inhoudt dat het beleid tot uitgangspunt moet nemen niet alleen datgene wat op dit moment voor de huidige generatie het meest voordelig is, maar ook wat dat betekent voor toekomstige generaties, opdat zij niet uitsluitend of in onevenredige mate de gevolgen van de klimaatverandering dragen;
- (ii) het voorzorgsbeginsel waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat niet gewacht mag worden met het treffen van maatregelen totdat volledige wetenschappelijke zekerheid bestaat;
- (iii) het duurzaamheidsbeginsel dat behelst dat partijen bij het verdrag de duurzame ontwikkeling zullen bevorderen.

Voorts wijst de rechtbank op een aantal doelstellingen van het EU-milieubeleid:

- (i) het beginsel van een hoog beschermingsniveau;
- (ii) het voorzorgsbeginsel;
- (iii) het preventiebeginsel.

Tot slot noemt de rechtbank art. 191 lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie waarin staat dat bij milieubeleid rekening wordt gehouden met de beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens en met de voordelen en lasten die kunnen voortvloeien uit (niet) optreden.

### 3.2.2 Deze doelstellingen en beginselen hebben volgens de rechtbank reflexwerking

Volgens de rechtbank vormen deze beginselen en doelstellingen een belangrijk gezichtspunt bij de beoordeling of de Staat (on)rechtmatig handelt. Bij het invullen van de Kelderluikcriteria grijpt de rechtbank terug op waartoe Nederland zich in internationaal verband heeft verbonden of wat zij in dat kader heeft erkend. Bij het invullen van de betamelijkheidsnorm kan de rechter niet anders dan kijken naar de maatschappelijke opvattingen over een bepaald onderwerp. Alleen zijn eigen opvattingen zouden de rechtspraak willekeurig en onvoorspelbaar maken. Waarom zou de rechter zich bij het invullen van die maatschappelijke opvattingen

dan moeten beperken tot wat er binnen de landsgrenzen gebeurt en daarbij niet ook mogen betrekken waaraan de Staat zich internationaal heeft gebonden of wat zij in dat gremium voor juist houdt? Kan wat buiten de landsgrenzen door de – door de Nederlandse burger gelegitimeerde – Staat wordt gezegd en gedaan enkel omdat het niet in Nederland geschiedt opeens niet meer de maatschappelijke opvattingen inkleuren? Bergkamp lijkt dit te betogen.<sup>31</sup> Ten onrechte. Zoals in de vorige paragraaf uiteengezet, is reflexwerking bij de invulling van de open norm van maatschappelijke betamelijkheid een in literatuur en rechtspraak geaccepteerde methode. Zoals gezegd laat ik de vragen die de Trias Politica in dat kader oproepen daar en beperk ik mij tot de problematiek van de gevaarstelling. Overigens kan men ook in het kader van de gevaarstelling discussiëren over de omvang van de reflexwerking en of de rechter de beleidsvrijheid van de Staat voldoende respecteert. Zoals in de redactionele kanttekeningen in THEMIS wordt opgemerkt baseert de rechtbank zich op ‘een bonte stoet van rechtsbronnen, die met uitzondering van het BW en het EVRM, gemeen hebben dat zij geen rechtstreeks door de burger inroepbare rechten bevatten’, maar dat dit haar niet ervan weerhoudt ‘al deze rechtsbronnen in onderling verband te bezien met als doel een coherente interpretatie te geven van de hedendaagse betekenis van de zorgplicht van de overheid jegens de Nederlandse samenleving’.<sup>32</sup> Dat is, zoals in THEMIS wordt opgemerkt, best stoutmoedig en innovatief en roept ook de vraag of uit deze rechtsbronnen voldoende omliggende conclusies zijn te trekken. De rechtbank meent van wel en heeft zich deze problematiek, zoals nog aan de orde zal komen, in ieder geval gerealiseerd, waarbij ik nogmaals opmerk dat haar oordeel voor een groot deel is gekleurd door het partijdebat en de door de Staat gedane erkenningen.

Voordat ik verder inga op het vonnis wijs ik op een interessante gedachte van Van Gestel en Loth. Zij schrijven:<sup>33</sup>

“De taak van de rechter in een meerlagige rechtsorde heeft een wezenlijk nieuwe dimensie gekregen, die wij als ‘rechtsvinding 3.0’ zouden willen typeren. Daarbij gaat het niet alleen meer om de keuze tussen verschillende alternatieve interpretatievormen (‘rechtsvinding 1.0’) of om de coherente voortzetting van het verhaal van het recht (‘rechtsvinding 2.0’), maar om een verandering van de context (naar een meerlagige rechtsorde). In die context is het de taak van de rechter om aan de hand van het beschikbare amalgaam van rechtsbronnen een normatief kader te ontwikkelen, dat het nationale recht inbedt in de Europese en internationale rechtsorde, een-

heid en consistentie brengt tussen de verschillende lagen, en grensoverschrijdende rechtsbescherming biedt aan burgers.”

### 3.2.3 Onrechtmatige gevaarstelling

Uit wat tussen partijen vaststaat kon de rechtbank naar mijn mening tot het oordeel komen dat sprake was van onrechtmatige gevaarstelling. Dat klimaatverandering en de dreiging daarvan onomkeerbare en ernstige gevolgen heeft voor mens en milieu, dat de kans daarop bij gelijkblijvend beleid zeer groot is, dat zonder spoedige, verregaande reductiemaatregelen de mondiale broeikasuitstoot omstreeks 2030 zodanig is dat de tweegradendoelstelling niet kan worden gehaald, dat spoed dus is geboden en dat hoe sneller de daling van de emissie wordt ingezet, hoe groter de kans dat het gevaar wijkt, maakt de conclusie van de rechtbank vanuit gevaarstellingsoogpunt goed verdedigbaar dat op de Staat een zware zorgplicht rust om maatregelen te treffen ter voorkoming daarvan.<sup>34</sup> Ook omdat de Staat het in zijn macht heeft controle uit te oefenen op het Nederlandse emissieniveau, hij in internationaal verband heeft aanvaard hiervoor verantwoordelijk te zijn en de verplichting op zich heeft genomen het emissieniveau te reduceren.<sup>35</sup>

Een belangrijke vraag is of het bezwaarlijk is voorzorgsmaatregelen te nemen. De rechtbank meent van niet en wijst op het volgende:<sup>36</sup>

- Lange tijd is de Staat uitgegaan van een vereiste reductie van 25-40% en daarna tot 2010 zelfs van een nationale reductiedoelstelling van 30%; dat zou nodig zijn voor een geloofwaardig traject om in 2020 de (maximale) tweegradendoelstelling te halen; deze doelstelling werd kennelijk als kosteneffectief beschouwd.
- Het loslaten van deze doelstellingen is niet ingegeven door verbeterde wetenschappelijke inzichten of door het economisch niet verantwoord zijn daarvan.
- De Staat heeft niet gesteld dat genoemde doelstelling zou leiden tot onevenredig hoge kosten of dat dit niet kosteneffectief zou zijn. Het halen van die doelstelling is volgens de Staat mogelijk.
- De risico's en de schade van klimaatverandering nemen toe naarmate de temperatuur stijgt en ingrijpen nu is volgens het IPCC en het United Nations Environmental Program kosteneffectiever, waarbij mitigatie van de broeikasgasuitstoot op korte en lange termijn de enige doeltreffende manier is om het gevaar van klimaatverandering af te wenden.
- Voor zover de Staat heeft willen betogen dat met nieuwe technieken in de toekomst tot een hoog niveau van CO<sub>2</sub>-reductie kan worden gekomen heeft Urgenda onbestreden gesteld dat voor zover de benodigde technieken beschikbaar zijn het niet aannemelijk is dat deze

31 L. Bergkamp, Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste, *NJB* 2015/1676; L. Bergkamp, Rechtsvinding in de moderne rechtsstaat, *NJB* 2016/140 en de terechtere reactie van R. van Gestel en M. Loth, Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde *NJB* 2016/141; zie ook hun artikel R. van Gestel en M. Loth, Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?, *NJB* 2015/1849; zie voor soortgelijke kritiek als Bergkamp, R.J.B. Schutgens, Urgenda en de trias, *NJB* 2015/1675.

32 *Wie is de keizer zonder kleren?*, THEMIS 2015-6, p. 237-238.

33 R. van Gestel en M. Loth, Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?, *NJB* 2015/1849.

34 R.o. 4.64-465; ik laat de discussie daar of en in hoeverre de Staat gezien het EU-recht controle over het Nederlandse emissieniveau, met name voor de ETS-sector, heeft.

35 R.o. 4.66.

36 R.o. 4.67-4.73.

technieken op korte termijn en dus tijdig kunnen worden toegepast.

Daaruit concludeert de rechtbank dat:

“4.73 (...) het, bij de huidige stand van de techniek en de wetenschap, ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering het meest doeltreffend is om te mitigeren en dat het uit kosteneffectiviteit beter is om nu adequaat in te grijpen dan om maatregelen uit te stellen. Op de Staat rust naar het oordeel van de rechtbank dan ook een zorgplicht om zo snel en zo veel als mogelijk te mitigeren.”

### 3.2.4 De concrete reductienorm

Tot slot komt de rechtbank toe aan het formuleren van de concrete (reductie)norm. Daarbij neemt zij onder meer het volgende in acht:<sup>37</sup>

- De ruime beleidsvrijheid die de Staat op de voet van art. 21 Grondwet toekomt om het klimaatbeleid in te vullen.
- Deze vrijheid is niet onbegrensd omdat zij burgers door het treffen van passende en effectieve maatregelen bescherming moet bieden tegen de levensgevaarlijke gevolgen van klimaatverandering voor mens en milieu.
- Deze keuzevrijheid wordt verder verkleind door publiekrechtelijke beginselen die zijn ontwikkeld om het bijzondere gevaar van klimaatverandering tegen te gaan.
- Wanneer het per saldo goedkoper blijkt te zijn nu te handelen rust op de Staat een zwaardere zorgplicht ten behoeve van toekomstige generaties.
- De Staat mag voorzorgsmaatregelen niet uitstellen op de enkele grond van wetenschappelijke onzekerheid; voorkomen is beter dan genezen.
- De regels uit het Kalimijnenarrest gelden naar analogie zodat de stelling van de Staat dat zij een gering aandeel heeft in de wereldwijde uitstoot niet slaagt.<sup>38</sup>
- De Staat heeft erkend dat het toegestaan is nationaal een verdergaand beleid te ontwikkelen dan het Europese.

Uit dit alles concludeert de rechtbank dat het reductiebeleid van de Staat van ongeveer 17% voor het jaar 2020 niet voldoet.<sup>39</sup> Zij overweegt:

“4.84 Urgenda heeft met juistheid betoogd dat door uitstel van mitigatie zoals de Staat thans voorstaat (minder stringente reductie tussen nu en 2030 en sterke reductie vanaf 2030) een cumulatief-effect optreedt, waardoor er meer CO<sub>2</sub> in de atmosfeer terecht komt dan

wanneer wordt uitgegaan van een gelijkmatige procentuele of lineaire daling van de emissie van nu af aan. Bij het halen van een hogere reductiedoelstelling (van 40, 30 of 25%) in 2020 is over een langere periode gezien de totale, gecumuleerde, uitstoot van broeikasgassen veel geringer dan bij de door de Staat gekozen doelstelling van minder dan 20%. De rechtbank is, met Urgenda, van oordeel dat de keuze voor dit reductiepad, hoewel ook strekkend tot verwezenlijking van de tweegradendoelstelling, in hogere mate bijdraagt aan het risico van gevaarlijke klimaatverandering en daarmee niet is te zien als een toereikend en aanvaardbaar alternatief voor de – wetenschappelijk verankerde en erkende – hogere reductieroute van 25-40% in 2020.”

Zij verplicht de Staat vervolgens tot een reductieondergrens van 25% die ten minste geboden en effectief is om het risico, wat Nederland betreft, af te wenden. Een hoger percentage stuit af op de beleidsvrijheid van de Staat.

Deze redenering is verdedigbaar en in te passen in literatuur en rechtspraak. De rechtbank heeft het percentage niet zomaar gevonden, maar houdt de Staat aan de norm die hij eerder oarmde om ‘op een geloofwaardig traject te blijven om [die] doelstelling binnen bereik te houden’<sup>40</sup> en waarvan hij zonder nieuwe wetenschappelijke inzichten of economische redenen van af is gegaan. Omdat niet een harde internationale (emissie)norm lijkt te zijn overschreden is kritiek daarop natuurlijk mogelijk.<sup>41</sup> Daar staat tegenover dat zelfs als uitgegaan wordt van de door de rechtbank opgelegde reductie volgens het laatste IPCC-rapport slechts een kans van 60% geven dat de zeer gevaarlijk geachte tweegradengrens niet wordt overschreden. De vraag is gerechtvaardigd of de kans van 40% dat dit wel gebeurt bij zo grote gevaren voor lief moeten worden genomen en of verdere reducties niet gerechtvaardigd zouden zijn.<sup>42</sup> In de hogerberoepsprocedure zullen deze en andere vragen ongetwijfeld weer aan de orde komen.

## 4. Conclusies

Vanuit het partijdebat, de tussen partijen vaststaande feiten en de criteria die volgen uit de gevaarzettingsjurisprudentie is de uitspraak te verklaren en verdedigbaar. Partijen zijn het erover eens dat het overschrijden van de tweegradendoelstelling zeer gevaarlijk is voor mens en dier. Om dit te voorkomen is volgens partijen een reductie van 80-95% in 2050 ten opzichte van 1990 nodig. Nederland heeft onder meer in het besluit in Cancun (2010)<sup>43</sup> en in het bijzonder op basis van de IPCC-rapporten erkend dat voor dit doel een tussenstap van 25-40% in 2020 noodzakelijk is. Dit is (nog steeds) de huidige

37 R.o. 4.74-486.

38 J. Spier, *Climate Change Remedies*, Eleven International Publishing, 2014, p.19, stelt ‘(...) courts are unlikely to go along with this defense, (...) it would mean that actual harm would have been caused by nobody’.

39 Juister lijkt het om te zeggen dat de totaalemmissie een gevolg is van de werking van het Europees klimaatbeleid met onder meer het EU-wijde ETS-plafond en dat Nederland niet een beleid heeft dat zich richt op 17%.

40 R.o. 4.70.

41 Zie ook Van Gestel en Loth, a.w. p. 2600.

42 Vgl. Huydecoper, a.w. p. 279-280; Zie in dit verband ook het op 12 december 2015 gesloten akkoord in Parijs. In het akkoord wordt de bovengrens van 2 graden opwarming ten opzichte van het pre-industriële tijdperk vastgelegd. Bovendien wordt het streven vastgelegd om de opwarming beperkt te houden tot 1,5 graad. De tekst is te vinden op [www.unfccc.int](http://www.unfccc.int).

43 <http://unfccc.int>, FCC/KP/CMP/2010/12/Add.1, p. 3.

stand van de wetenschap zoals die uit de processtukken naar voren komt. De door haar in ieder geval tot 2010 noodzakelijk geachte tussenstap van 25-40% in 2020 heeft de Staat verlaten zonder enige objectieve rechtvaardigheidsgrond, zoals voortschrijdend wetenschappelijk inzicht. Daarvoor in de plaats heeft zij een beleid gesteld dat in 2020 uitkomt op 14-17% reductie. In de procedure staat verder vast dat de kans dat de grens van de gevaarlijke klimaatverhoging wordt overschreden bij gelijkblijvend beleid zeer groot is, dat zonder spoedige, verregaande reductiemaatregelen de mondiale broeikasuitstoot omstreeks 2030 zodanig is dat de tweegradendoelstelling niet meer kan worden gehaald, dat spoed is geboden en dat hoe sneller de daling van de emissie wordt ingezet, hoe groter de kans is dat het gevaar wijkt. Kortom: de aard en omvang van schade als gevolg van klimaatverandering zijn zeer ernstig, er is bekendheid en voorzienbaarheid van deze schade en bij latere (te late) actie bestaat een grote(re) kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken. Gezien de ernst en dramatische omvang van de gevaren past daarbij een zware zorgplicht voor de Staat om maatregelen te treffen. Verdedigbaar lijkt mij dat dit zelfs geldt los van internationale beginselen die de rechtbank (mede) ter rechtvaardiging daarvoor aanvoert en dat de ernst van de gevaren ook los van deze internationale beginselen hoe dan ook de beleidsvrijheid van de Staat beperken. Ik roep daarbij in herinnering dat de 'Kelderluikcriteria' communicerende vaten zijn: hoe groter de dreigende gevaren, hoe eerder actie kan worden verlangd om deze af te wenden. Dat geldt eens te meer als ingrijpen nu, zoals de rechtbank aanneemt, kosteneffectiever is en ook overigens niet (dwingend) economisch of anderszins bezwaarlijk is. Ten aanzien van de beleidsvrijheid heeft de rechter de invulling van de opgelegde reductie geheel aan de Staat gelaten.

Naar mijn mening is het vonnis een voorbeeld van degelijk en goed gemotiveerd vakwerk. Men mag en kan over de uitkomst verschillend denken. Zo kan men vinden dat de rechter zich te veel vrijheid heeft gepermitteerd bij het invullen van de gedragsnorm aan de Staat of bijvoorbeeld dat de opgelegde reductie niet noodzakelijk is om het doel van 80-95% reductie in 2050 te bewerkstelligen. Vanuit het mij toebedeelde perspectief, de invulling van de maatschappelijke betamelijkheid en de inhoud van de processtukken ben ik het eens met Loth:

“Deze beslissing hoeft maatschappelijk noch juridisch verbazing te wekken. Maatschappelijk niet, omdat een overheid die nalaat voorzorgsmaatregelen te treffen om een gevaarlijke situatie te voorkomen voor haar burgers en voor toekomstige generaties, correctie door de rechter behoeft. De laatste blijft daarmee binnen zijn eigen domein; hij bedrijft geen politiek, maar biedt rechtsbescherming (al heeft die politieke consequenties). (...) Maar ook juridisch bevreemdt de uitspraak niet; zij is een volstrekt logische consequentie van het partijdebat. Opmerkelijk is enkel dat de rechtbank deze conclusie heeft durven trekken, dat zij die moed heeft gehad (hetgeen valt te prijzen).”<sup>44</sup>

44 M.A. Loth, *AV&S* 2015/25, p. 153.