

# Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?

Rob van Gestel & Marc Loth<sup>1</sup>

Onlangs wijdde het *NJB* een special aan voornamelijk kritische commentaren op het *Urgenda*-vonnis van de Haagse rechtbank. Naast alle verschillen delen veel van de commentaren een tamelijk klassieke opvatting over de scheiding der machten, rechterlijke rechtsvinding en rechterlijk activisme. Maar is het niet te gemakkelijk om vanuit die opvatting het Haagse vonnis op de korrel te nemen? De auteurs betogen dat het *Urgenda*-vonnis juist laat zien dat onze opvattingen over de scheiding der machten, rechterlijke rechtsvinding en rechterlijk activisme in de huidige meerlagige rechtsorde aan herijking toe zijn. Daarom is het beter dat vonnis te onderzoeken vanuit het perspectief van de veranderingen die zich in onze rechtsorde voltrekken, dan om het te kritiseren vanuit opvattingen die daarmee niet langer stroken.

## 1. Eenzijdige berichtgeving

Onlangs wijdde het *NJB* een special aan het spraakmakende vonnis van de Rechtbank Den Haag in de zaak *Urgenda vs. de Staat der Nederlanden* waarin de rechter de Staat beval de uitstoot van broeikasgassen in Nederland te (doen) beperken tot een volume in 2020 dat ten minste 25% lager is dan in 1990. Opvallend is dat de drie commentaren in het *NJB* alle in mindere of meerdere maten kritisch zijn over het vonnis van de Haagse rechtbank, met name waar het gaat om het beweerdelijk niet respecteren van de beleidsvrijheid van de overheid bij het terugdringen van broeikasgasemissies, het door de rechtbank 'op de stoel van de wetgever' gaan zitten en de wijze van bevoegdheidsuitoefening en rechtsvorming door de burgerlijke rechter. Tel daarbij op diverse commentaren in kranten en andere nieuwsmedia, waarin de rechter op enigerlei wijze van 'activisme' wordt beschuldigd,<sup>2</sup> en er ontstaat een beeld van een knoeiende Haagse rechtbank die roekeloos bezig is geweest en haar boekje te buiten is gegaan. Dat beeld behoeft wat ons betreft bijstelling. Daar zijn minstens drie redenen voor:

- 1) De inhoudelijke motivering door de rechtbank en de mogelijke beweegredenen daarachter krijgen in veel van de commentaren weinig aandacht, terwijl die motivering ongebruikelijk gedetailleerd en uitgebreid is.
- 2) Veel van de commentaren doen min of meer hetzelfde

- als wat ze de Haagse rechtbank verwijten, namelijk: nogal zachte criteria gebruiken op basis waarvan soms wel erg stellig geconcludeerd wordt dat de rechter zijn bevoegdheid *te* ver heeft opgerekt en zich *te* weinig heeft aangetrokken van de beleidsvrijheid van de Staat.
- 3) Wat nu als het vonnis van de rechtbank in stand blijft in hoger en beroep en eventueel cassatie, of wanneer buitenlandse rechters (delen van) de redenering van de Haagse rechtbank met succes gaan overnemen? Wie bereidt ons dan voor op wat er komen gaat?

In deze bijdrage willen wij een ander perspectief op het *Urgenda*-vonnis laten zien. Centraal daarin staat de gedachte dat wij meer recht doen aan die uitspraak wanneer wij haar niet alleen bekritisieren vanuit klassieke noties met betrekking tot de 'scheiding der machten', 'rechterlijke rechtsvinding' en 'rechterlijk activisme', maar ook proberen te zien vanuit het perspectief dat de moderne rechter oplossingen zoekt voor complexe grensoverschrijdende problemen waar hij tegen aanloopt in een open en meerlagige rechtsorde als de onze. Wanneer wij de uitspraak zien als een poging om daaraan het hoofd te bieden, levert dat een positiever beeld op. Daarom vatten wij hieronder de belangrijkste bezwaren samen die wij hebben tegen de commentaren (par. 2), nuanceren wij vervolgens de kritiek (par. 3), schetsen wij daarna de contouren van een alternatieve benaderingswijze (par. 4), om te

eindigen met de vraag hoe we het vonnis van de Haagse rechtbank in het licht daarvan moeten waarderen (par. 5).

## 2. Problemen met de commentaren

De kern van de zaak is naar het oordeel van de Haagse rechtbank dat de overheid op grond van internationale verdragen (zoals het VN Klimaatverdrag) en artikel 21 van de Grondwet een zorgplicht heeft voor de bescherming van het leefmilieu en dat de overheid een cruciale rol speelt in de transitie naar een duurzame samenleving. Haar past daarom een hoge mate van zorg voor het treffen van een adequaat en effectief wettelijk en instrumenteel kader tot vermindering van de broeikasgasuitstoot in Nederland. Interessant is hoe de rechtbank internationaal recht, Grondwet en (ongeschreven) privaatrecht op elkaar betrekt:

‘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.’<sup>3</sup>

Schutgens verwijt de rechtbank hier een ‘opmerkelijke tournure’; de rechtbank betreft op grond van deze reflexwerking publiekrechtelijke beginselen bij de privaatrechtelijke beoordeling of de Staat de op haar rustende maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm schendt (meer in het bijzonder de maatstaven voor gevaarstelling). Dat ontlokt hem twee kanttekeningen. De eerste is dat de combinatie van een algemeen-belang actie op grond van artikel 3:305a BW met een beroep op schending van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm de burgerlijke rechter tot terughoudende toetsing zou moeten nopen.<sup>4</sup> De tweede is dat het de burgerlijke rechter zou passen om de Staat de haar toekomstige beleidsvrijheid te respecteren en daarom in zijn toetsing niet verder te gaan dan de bestuursrechter, dat wil zeggen, zich te beperken tot onderzoek naar de vraag of de Staat een serieuze

belangenafweging heeft verricht en of zij zich serieuze inspanningen getroost om het klimaatprobleem te bestrijden. De burgerlijke rechter mist een democratische legitimatie, aldus Schutgens, en begeeft zich in het oog van de politieke storm als hij zelf de relevante algemene belangen gaat afwegen. Het betoog van Bergkamp over het ontbreken van ‘bevoegdheid’ van de Haagse rechtbank sluit hierbij aan. In feite wil Bergkamp – die de Amerikaanse ‘political question’ doctrine inroept<sup>5</sup> – niet weten van bemoeienis van de burgerlijke rechter met politieke kwesties. Zelfs Fikkers,<sup>6</sup> die iets positiever is over het vonnis met het oog op de bescherming van toekomstige generaties, concludeert dat door het aannemen van een zorgplicht de grens tussen recht en politiek wel erg vaag wordt, terwijl dit volgens ons toch echt vooral afhangt van hoe deze zorgplicht door de rechter wordt ingekleurd.

Deze commentaren appelleren aan het sentiment dat de rechter te activistisch is in de toetsing van het overheidshandelen. Zij komen niettemin in een ander daglicht te staan wanneer wij ons realiseren voor welk probleem de Haagse rechtbank stond. Zij zag zich enerzijds geconfronteerd met aan het internationaal publiekrechtelijk kader ontleende beginselen van milieurecht die

## De notie van reflexwerking is wat ons betreft geen ‘opmerkelijke tournure’, maar een zinvolle poging om het transnationale en het nationale normatieve kader op elkaar te betrekken

een hoog beschermingsniveau verlangen, zoals het voorzorgsbeginsel en het preventiebeginsel, en met de 25 tot 40% CO<sub>2</sub> reductie die het IPCC voor Annex I-landen geboden acht (waaraan Nederland zich eerder ook in het eigen beleid heeft gecommitteerd). Anderzijds diende zij invulling te geven aan de open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid – meer in het bijzonder de maatstaven voor onrechtmatige gevaarstelling – in verband met de aan de Staat verweten gedragingen c.q. nalatigheid. In dat licht is de notie van reflexwerking wat ons betreft geen ‘opmerkelijke tournure’, maar een zinvolle poging om het transnationale en het nationale normatieve kader op

### Auteurs

1. Prof. mr. M.A. Loth en prof. mr. R.A.J. van Gestel zijn beiden hoogleraar aan Tilburg Law School. Eerder schreven zij afzonderlijk over het Urgenda-vonnis; Van Gestel in *Regelmaat* 2015/5 en Loth in *Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade, AV&S* 2015/5.

### Noten

2. Zie bijv.: [www.volkskrant.nl/opinie/staat-moet-wel-in-hoger-beroep-gaan-a4130578/](http://www.volkskrant.nl/opinie/staat-moet-wel-in-hoger-beroep-gaan-a4130578/). Vergelijk ook: [www.nrc.nl/nieuws/2015/09/10/juristen-rechter-mag-kabinet-niets-dwingen-over-co2-uitstoot/](http://www.nrc.nl/nieuws/2015/09/10/juristen-rechter-mag-kabinet-niets-dwingen-over-co2-uitstoot/) en [www.publiekrechtropolitiek.nl/urgenda-had-slechts-gelijk-moeten-krij-](http://www.publiekrechtropolitiek.nl/urgenda-had-slechts-gelijk-moeten-krij-)

gen/.

3. R.o. 4.43.

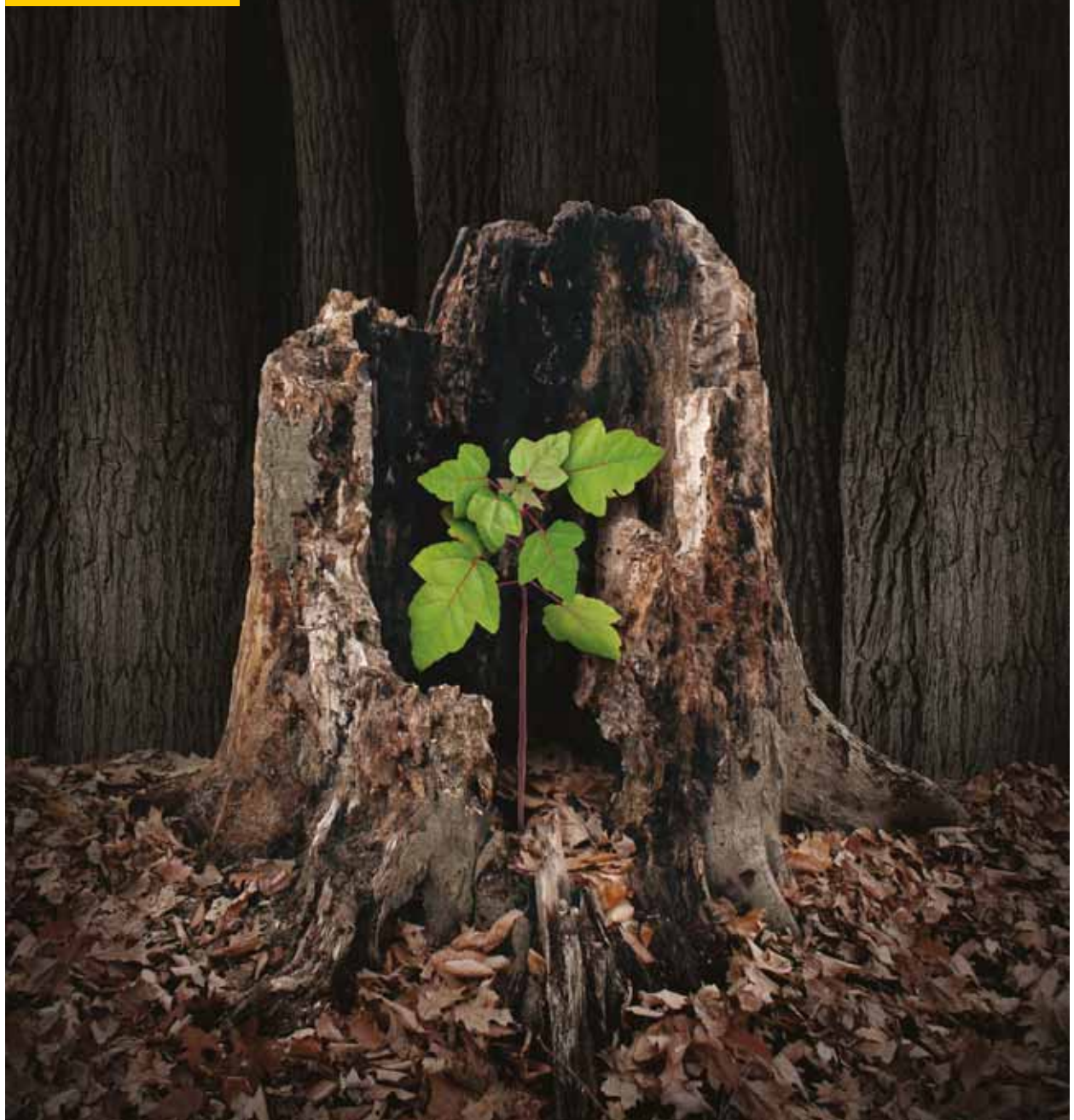
4. R. Schutgens, ‘Urgenda en de trias: Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakend klimaatvonnis van de Haagse rechter’, *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2276-2277.

5. L. Bergkamp, ‘Het Haagse klimaatvonnis:

Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste’, *NJB*

2015/1676, afl. 33, p. 2278 (voetnoot 9).

6. S. Fikkers, ‘Urgenda, de zorgplicht en toekomstige generaties’, *NJB* 2015/1677, afl. 33, p. 2289-2293.



elkaar te betrekken, met als voordeel enerzijds dat de toepasselijke beginselen van internationaal publiekrecht ook binnen de nationale rechtsorde betekenis krijgen, en anderzijds dat de belangenafweging in het kader van de *Kelderluik*-criteria niet in algemeenheden blijft steken maar wordt gevoed door internationaalrechtelijke normen, beleidsafspraken en door procespartijen gedeelde wetenschappelijke kennis.

### 3. Nuancering van de kritiek

Wij ontkennen niet dat er kritiek mogelijk is op de keuze van de rechter voor een zo specifiek rechterlijk bevel, terwijl er niet een harde internationale (emissie)norm is overschreden. Uit het bindende Doha amendement en de 'Effort Sharing Decision' zijn slechts normen af te leiden van om en nabij 20% CO<sub>2</sub>-reductie. Daar staat tegenover dat deze doelstellingen hoogstwaarschijnlijk onvoldoende zijn om de door het IPCC als zeer gevaarlijk geachte tweegraden-doelstelling mogelijk te maken. Gezien het feit dat deze doelstelling door partijen wordt gedeeld, concludeert de

rechter dat op de Staat de plicht rust om op zijn eigen grondgebied op korte termijn (extra) mitigatiemaatregelen te treffen om dit ernstige gevaar af te wenden. Waar het gaat om de bezwaarlijkheid van deze maatregelen, merkt de rechtbank op dat de Staat zelf lange tijd is uitgegaan van een vereiste reductie in 2020 van 25-40% beneden het niveau van 1990 voor Annex I-landen en dat mitigatiemaatregelen gen verder uitstel dulden. Hoe sneller de daling van de emissie kan worden ingezet, hoe groter namelijk de kans is dat het gevaar nog voorkomen kan worden.

De rechtbank baseert haar oordeel dat de Staat de op haar rustende maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden onder meer op de grond dat zij deze doelstelling heeft losgelaten zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond is aangevoerd (zoals voortschrijdende wetenschappelijke inzichten of dwingende economische redenen). Daarbij betreft de rechter dat de Staat ter zitting bevestigd heeft dat het ook thans voor Nederland nog mogelijk is om in 2020 aan de EU-

doelstelling van 30% te voldoen. Op grond hiervan concludeert zij dat er geen reden is waarom de Staat niet aan de eerder geaccepteerde minimumnorm van 25% mag worden gehouden. De Staat komt weliswaar een zekere mate van beleidsvrijheid toe, maar die vrijheid strekt niet zo ver dat Nederland zich kan verschuilen achter afgezwakte doelstellingen op EU-niveau. De argumenten van de rechtbank zijn dat bij het langer wachten met CO<sub>2</sub>-reductie de kosten van de adaptatiemaatregelen sterk zullen stijgen, en dat uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat op termijn effectieve bescherming voor mens en milieu enkel geboden kan worden door sterke vermindering van de uitstoot van broeikasgassen. De rechtbank voert hier onder andere het billijkheidsbeginsel en het voorzorgsbeginsel op om erop te wijzen dat Nederland (als Annex I-land), juist met het oog op een billijke verdeling tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden bij het nemen van mitigatiemaatregelen een bijzondere verantwoordelijkheid rust.

De vraag is in hoeverre dit laatste de politieke keuze tussen adaptatiemaatregelen en mitigatiemaatregelen beperkt. Dat daarover verschillend kan worden gedacht blijkt o.a. uit een rapport van de WRR uit 2006, waarin de regering wordt aangespoord niet alle kaarten op mitigatiemaatregelen te zetten, maar ook adaptatiemaatregelen te nemen om ernstige binnenlandse schade tegen te gaan.<sup>7</sup> Ook het IPCC heeft bovendien nadrukkelijk gewezen op het politieke en ethische karakter van de keuze tussen maatregelen gericht op mitigatie en adaptatie,<sup>8</sup> hetgeen eveneens twijfel rechtvaardigt of een dergelijke keuze aan de rechter toebehoort. Een sterk argument blijft evenwel dat de rechter weinig anders doet dan de Staat houden aan de minimale reductiedoelstelling (25%) die hij tot 2010 als noodzakelijk beschouwde om uit de buurt van de kritische tweegradengrens te blijven (en die hij heeft verlaten zonder daarvoor goede gronden aan te voeren). Natuurlijk is het lastig aan te tonen dat een afgezwakte Nederlandse emissiereductie daadwerkelijk bijdraagt aan een grotere kans op onomkeerbare klimaatschade. In deze lijn voert Backes aan dat het verlagen van de emissies met 25% in plaats van 17% slechts 0,04% extra emissies scheelt.<sup>9</sup> Deze redenering overtuigt niet. In de eerste plaats is het de vraag of het veronderstelde geringe effect van de naleving door de Staat van haar zorgplicht iets afdoet aan haar verplichting die zorgplicht na te leven, hoe beperkt de effecten daarvan op de totale emissieomvang ook zijn. In de tweede plaats hangen die beperkte effecten natuurlijk samen met de aard van de schade, die door het cumulatieve effect van vele handen wordt veroorzaakt. Om daaruit af te leiden dat het toch niet uitmaakt in welke omvang Nederland haar emissies reduceert, is niet alleen cynisch, het impliceert tevens een vrijbrief voor ieder land

om zijn eigen gang te gaan.<sup>10</sup> Hiermee ontkennen wij niet dat het handelen of nalaten van verschillende landen op complexe wijze met elkaar samenhangt, dat de verantwoordelijkheid van Nederland samenhangt met die van andere landen, en dat de rechtbank daarin interfereert met haar oordeel dat Nederland voor haar eigen aandeel verantwoordelijk is. In de redenering van de rechtbank is klimaatverandering te vergelijken met een olietanker die kilometers uit de kust reeds vaart moet gaan minderen om later niet op de kade te botsen. Dat is dan ook waartoe zij de Staat gehouden acht: serieus en op tijd vaart minderen. Of deze redenering stand houdt in hoger beroep en/of cassatie moet worden afgewacht, maar zo idioot als Bergkamp de redenering van de rechtbank doet voorkomen is deze wat ons betreft zeker niet.

#### 4. Een alternatieve benadering

In plaats van onze pijlen te richten op de notie van reflexwerking en op de vraag hoe ver de beleidsvrijheid van de Staat precies strekt, willen wij een paar dieper liggende vragen aan de orde stellen. Vanuit het gangbare denkschema van de scheiding der machten ligt het in de rede dat de rechter zich terughoudend opstelt in het geval hij zich gesteld ziet voor beslissingen die politieke gevolgen hebben. In een meerlagige rechtsorde waarin de grenzen tussen publiekrecht en privaatrecht vervagen en de rechterlijke organisatie niet langer keurig piramidaal is opgebouwd, ligt dat anders. Dat dit het eerst tot uitdrukking komt bij zogeheten algemeen-belang acties is niet verwonderlijk. Bij dit type geschillen gaat het per definitie om kwesties waarbij de rechtsvinding het individuele geval overstijgt doordat publieke belangen in het geding zijn. Dit maakt de rechter niet immuun voor kritiek dat hij de grenzen van zijn bevoegdheid overschrijdt, maar wat ons betreft vallen er op dit punt uit de Trias-leer weinig harde normen af te leiden die er voor kunnen zorgen dat de rechter niet op de stoel van andere staatsmachten gaat zitten. Bij het uitoefenen van zijn rechtsvormende taak komt het er wat ons betreft veel meer op aan te zoeken naar een institutionele balans tussen de verschillende normstellende instituties, dan om te proberen de rechter uit het politieke domein te weren. Nieuwe instrumenten zullen daarvoor gezocht moeten worden.

Voor zover aan de eerder genoemde commentaren het verwijt van rechterlijk activisme ten grondslag ligt, raken zij aan een verwante vraag: in hoeverre ligt het op de weg van de rechter om bij te dragen aan de oplossing van maatschappelijke problemen? Er is een lange traditie in Nederland met betrekking tot de verhouding van de rechter tot de politiek dat de eerste zich inlaat met maatschappelijke problemen, wanneer de laatste daarin niet slaagt en de oplossing van die problemen geen uitstel duldt.<sup>11</sup> Wie het

7. WRR, *Klimaatstrategie – tussen ambitie en realisme*, Rapporten aan de regering, nr. 74, Den Haag, 8 juni 2006, p. 62.

8. Zie M. Peeters, 'Europees klimaatrecht en nationale beleidsruimte', *NJB* 2014/2109, afl. 41, p. 2919.

9. Rb. Den Haag 24 juni 2015, AB 2015/336, m.nt. Backes.

10. Daarom is het type conditionele reductie, zoals de EU voorstaat (wij reduceren 30% op voorwaarde dat anderen ook extra reductiemaatregelen nemen) zo gevaarlijk. Hardin heeft er al vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw op gewezen dat het gemakkelijk leidt tot een 'privatizing of profits and communizing of costs' met als

potentieel gevaar een 'tragedy of the commons'. Zie: G. Hardin, 'The tragedy of the commons', *Science* 1968, p. 1243-1248.

11. Zie reeds T. Koopmans, 'De polsstok van de rechter', in: H.J.A.M. van Geest, L.J.M. de Leede & A.B. Ringeling (eds.), *Regel en praktijk. Opstellen aangeboden aan prof. Mr. S.F.L. baron van Wijnbergen*

ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 101-112.

## Veel interessanter dan de vraag of de rechter ‘te’ activistisch dan wel terughoudend ‘genoeg’ is, is de vraag of hier voor de rechter voldoende reden was om te menen dat zijn interventie vereist was

*Urgenda*-vonnis leest, ontkomt niet aan de indruk dat de Haagse rechtbank doordrongen is van de urgentie van terugdringing van het CO<sub>2</sub>-gehalte in de atmosfeer, gelet op de grote waarschijnlijkheid en de dringende ernst van de als gevolg daarvan te verwachten gevaarlijke klimaatverandering. Veel interessanter dan de vraag of de rechter ‘te’ activistisch dan wel terughoudend ‘genoeg’ is, is dan ook de vraag of hier voor de rechter voldoende reden was om te menen dat zijn interventie vereist was. Daaraan worden door Schutgens, Bergkamp en Fikkers nauwelijks woorden gewijd.

### 4.1. Meerlagigheid en vervaging van grenzen

Het *Urgenda*-vonnis laat duidelijk zien hoe normstelling op internationaal, Europees en nationaal niveau op elkaar ingrijpt en uiteindelijk samenkomt op het niveau van een individuele rechtbank die staat voor de beantwoording van een rechtsvraag die is opgeworpen in een algemeen-belangactie. Wie onderdeel D van het vonnis bestudeert begrijpt hoe veelkoppig en divers het juridisch kader is waarop de rechter zich beroept. Voorbij komen o.a.:

het VN klimaatverdrag, het Kyoto protocol 1997 en het Doha amendement 2012, het Bali action plan 2007, de Cancun agreements 2010, de Durban decisions van 2011, Internationale en Europese beginselen van milieurecht, zoals het voorzorgbeginsel en het preventiebeginsel, het VWEU, de Emissiehandelrichtlijn, Mededelingen van de Commissie en het EP, de Effort Sharing decision van 2009, artikel 21 Grondwet, de Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten van 30 september 2004 en ‘last but not least’ artikel 6:162 BW.

Degene die mocht denken dat dit een uitzonderlijke situatie is, die alleen bij dit soort collectieve acties voorkomt, vergist zich.<sup>12</sup> De opkomst van een ‘European regulatory private law’,<sup>13</sup> waarin privaatrecht mede een instrument van (overheids)beleid is, ontwikkelt zich op een veelheid van terreinen, waaronder het telecommunicatierecht, energierecht, milieurecht, intellectueel eigendomsrecht en financieel recht. Internationaal- en Europees (publiek) recht en nationaal privaatrecht worden daarbij voortdurend op elkaar betrokken.

Op vrijwel al deze gebieden zien we ook dat het recht niet louter uit ‘hard law’ bestaat, maar ook uit ‘soft law’ en zelfs ‘hoft law’; niet-statelijke regels, waarvan afwijken in de praktijk buitengewoon lastig is.<sup>14</sup> Het regulatieve privaatrecht komt vaak ad hoc tot stand in samen-

spraak tussen Europese en nationale regelgevers of bijvoorbeeld tussen agentschappen en non-gouvernementele organisaties (bijvoorbeeld co-regulering in de sfeer van het financiële toezicht).<sup>15</sup> Tel daarbij op dat ook fundamentele rechten steeds intensiever doorwerken in het nationale privaatrecht – gesproken wordt zelfs over constitutionalisering van het privaatrecht – en het is onvermijdelijk dat ook de rol van een nationale burgerlijke rechter mee zal veranderen.<sup>16</sup>

In de *Urgenda*-zaak is dit duidelijk zichtbaar. De rechtbank is zich bewust geweest van het feit dat de rest van de wereld over de schouder mee zal kijken naar de motivering van het vonnis. Vandaar dat zo uitgebreid wordt uiteengezet, dat en waarom er sprake is een schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm en op welke wijze het internationale en Europese recht daarbij van betekenis is.

### 4.2. Public interest litigation

Enneking & de Jong hebben al eerder in dit tijdschrift, mede ingegeven door de *Urgenda*-zaak, beschreven dat en waarom zogeheten ‘public interest litigation’ sterk in opkomst is.<sup>17</sup> Zij wijzen in dat verband o.a. op de collectieve acties van het Clara Wichmann-fonds tegen de SGP waar het gaat om het passieve kiesrecht van vrouwen binnen deze partij en tegen de producenten van lekkende PIP borstimplantaten die op grote schaal in Europa voor gezondheidsrisico’s hebben gezorgd, maar bijvoorbeeld ook de actie van Milieudefensie tegen Shell, waarin dit bedrijf aansprakelijk werd gesteld voor milieuvuiling in de Nigerdelta met het oog op het beïnvloeden van ondernemingsbeleid en -activiteiten. In deze en tal van andere gevallen wordt de gang naar de rechter bewust gekozen door maatschappelijke organisaties als breekijzer om overheden of grote bedrijven in beweging te krijgen wanneer publieke belangen in het geding zijn, maar de wetgever of het bestuur zich langdurig machteloos opstelt. Dit is helemaal geen nieuw fenomeen, zoals de *Nieuwe Meer*- en *Kruisraketten*-jurisprudentie reeds liet zien. Wel tonen de PIP-zaak, de actie van Milieudefensie tegen Shell en ook de *Urgenda*-zaak, dat het bij acties op grond van artikel 3:305a BW steeds vaker lijkt te gaan om grensoverschrijdende problemen, hetgeen tevens gedeeltelijk de machteloosheid van nationale wetgevers en besturen verklaart.

Teunissen & Schutgens brengen daar tegenin dat maatschappelijke organisaties zich in een democratische rechtsstaat niet teveel moeten kunnen identificeren met belangen die zij als het algemeen belang zien om via collectieve acties hun wil op te leggen aan anderen, omdat dit grenzen tussen publiek- en privaatrecht overhoop gooit.<sup>18</sup> Daar staat tegenover dat die grenzen onder invloed van het Europese recht sowieso aan het vervagen zijn. Daarbij kan het belang van een goede procesorde

meebrengen dat het wenselijk is dat geschillen op een grotere schaal aan de rechter worden voorgelegd. Effectieve rechtsbescherming voor individuen is in dit soort zaken dikwijls illusoir, niet alleen omdat zij de kosten van de (civiele) procedure niet kunnen dragen, maar ook omdat zij vaak moeilijk kunnen aantonen dat hun individuele belangen zijn geschaad.<sup>19</sup> Nieuwenhuis heeft er terecht op gewezen dat collectieve acties, juist waar het gaat om de bescherming van ideële belangen, uit rechtsstatelijk oogpunt en behoud van het evenwicht van machten belangrijk zijn, omdat het een van de weinige manieren is waarop burgers en maatschappelijke organisaties met een beroep op de rechter tegenwicht kunnen bieden aan het overwicht van de overheid en andere invloedrijke 'repeat players' in het procesrecht.<sup>20</sup> Organisaties als Urgenda kunnen de overheid scherp houden doordat ze in civilibus niet afhankelijk zijn van de actiebereidheid van het bestuur of het OM.

#### 4.3. *Trias politica*

In veel van de commentaren op het *Urgenda*-vonnis zien we een beroep op de trias politica waaruit zou voortvloeien dat de rechter zich niet op het terrein van de wetgever of het bestuur zou mogen begeven. Daarbij is herhaaldelijk gesuggereerd dat de Haagse rechtbank een verkapt bevel aan de wetgever zou hebben gegeven tot het bijstellen van emissienormen. Van een dergelijk bevel lijkt ons evenwel geen sprake. De rechtbank zegt het expliciet:

'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>21</sup>

Los van het feit dat er in de literatuur verschillend wordt gedacht over het antwoord op de vraag of een rechterlijk bevel tot wetgeven in alle gevallen uitgesloten dient te

worden,<sup>22</sup> is dat niet wat de rechtbank hier doet. De rechter houdt de Staat aan de eerder in beleid vastgestelde minimum doelstelling van 25% CO<sub>2</sub> reductie, maar laat haar vrij in de keuze van de middelen. Dit betekent dat er niet per se nieuwe (aangescherpte) reductiedoelen in wetgeving hoeven te worden vastgelegd. De Staat kan er

## Met evenveel recht kan worden verdedigd dat het juist de taak is van de rechter om de consistentie van het beleid van het bestuur te toetsen

ook voor kiezen zelf te investeren in duurzame energie, in de aanschaf van emissiearme overheidsvoertuigen of het stimuleren van thuis werken (om maar iets te noemen). De vraag is alleen wat er dient te gebeuren als de Staat uiteindelijk besluit om dat allemaal niet te doen en in 2020 blijkt dat de reductienorm niet is gehaald. Volgens Boogaard & Den Hollander is een bevel tot wetgeving in zo'n geval onvermijdelijk.<sup>23</sup> Wij zien dat niet. Indien de Staat niet bereid is om dit bevel van de rechter te volgen lijkt het ons zeer onwaarschijnlijk dat het aanscherpen van de reductiedoelstellingen in wetgeving wel zou helpen.

Meer twijfel is mogelijk met betrekking tot de vraag of de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur wel voldoende respecteert, maar wij zien evenmin in waarom het in strijd met de trias-leer zou zijn, wanneer de rechter het bestuur dwingt tot het respecteren van een minimumnorm die uit het eigen klimaatbeleid is voortgevloeid en waar thans zonder een duidelijke rechtvaardigingsgrond van wordt afgeweken. Met evenveel recht kan worden ver-

12. Daarover ook E. van Schagen, 'De ontwikkeling van het privaatrecht in een meerlagige rechtsorde: inzichten van multilevel governance', in: C.G. Breedveld-de Voogd, A.C. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2013, p. 29-40.

13. H.W. Micklitz, 'The visible hand of European regulatory private law', *Yearbook of European Law*, 2009 28 (1): 3-59.

14. T.J. Möllers, *Sources of law in European securities regulation – Effective regulation, soft law and legal taxonomy from Lamfalussy to de Larosière*, European Business Organization Law Review 2010, p. 400.

15. Vergelijk De Study Group for Social Justice in European private law, 'Social justi-

ce in European contract law: A manifesto', *ELJ* 2004, p. 670: 'Law production in the European Union's multi-level system results from the continuous interaction between semi-autonomous actors comprising legislators, the judiciary, and non-governmental organisations, at different levels – European, national, and regional. Law making can neither be monopolised nor achieved in isolation by just one branch of government or a single institution.'

16. T. Barkhuysen & S. Lindenberg (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Koninklijke Brill NV 2006 en meer recentelijk voor het Europese privaatrecht: H.W. Micklitz (ed.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.

17. L. Enneking & E. de Jong, 'Regulering

van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014/1136, afl. 23, p. 1542-1551.

18. J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleding van de staat*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, hfdst. 8 en meer recentelijk J. Teunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak. Schrap de algemeen belang-actie uit 3:305a BW!', *NJB* 2008/1220, afl. 25, p. 1524-1530.

19. R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, "'Je maintiendrai': Naar een prominenter rol van burgers en milieuoorganisaties bij de handhaving van het omgevingsrecht', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2002, nr. 3, p. 84-95.

20. J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet: een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', *NJB* 1998, afl. 1, p. 9-17.

21. R.o. 4.101.

22. Vergelijk o.a. R.A.J. van Gestel & M.S. Groenhuisen, 'Geen rechterlijk bevel tot wetgeven, of toch...?', *NJB* 2006/1573, afl. 36, p. 2050-2056 voor een positievere blik op de mogelijkheden voor een rechterlijk bevel tot wetgeven. Zie verder ook de conclusie van Langemeijer bij het *Waterpakt*-arrest in *NJ* 2003/691 en de noot van Backes in *AB* 2004/39. Genuanceerd is ook J.E.M. Polak, 'Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving', *O&A* 2004, p. 168-179.

23. Zie: [www.publiekrechtenspolitiek.nl/urgenda-had-slechts-gelijk-moeten-krijgen/](http://www.publiekrechtenspolitiek.nl/urgenda-had-slechts-gelijk-moeten-krijgen/).

dedigd dat het juist de taak is van de rechter om de consistentie van het beleid van het bestuur te toetsen.<sup>24</sup> Verdedigd is wel dat de rechter het hier bij een verklaring voor recht had moeten laten dat de Staat onrechtmatig handelt, maar de gevolgtrekking daarvan aan het parlement had moeten laten. Een dergelijke verklaring is evenwel een tandoel instrument. In dit geval heeft het parlement jarenlang de tijd gehad om de regering te bewegen tot een terugkeer naar de eerdere strenge emissiedoelstellingen die tot 2010 het richtsnoer vormden. Nu het parlement daar niet in is geslaagd vinden wij het niet zo vreemd dat de rechter zelf het initiatief neemt. De wetgever kan namelijk altijd alsnog besluiten om zelf emissienormen vast te stellen in afwijking van hetgeen waartoe de rechter thans beveelt.

#### 4.4. Rechtsvinding en dialoog

Ten slotte maakt het *Urgenda*-vonnis duidelijk dat wij onze opvattingen over rechterlijke rechtsvinding moeten herijken in het licht van de taak van de rechter in een meerlagige rechtsorde. De rechtbank ziet zich geconfronteerd met verschillende rechtssystemen die over elkaar heen schuiven, en daarmee met een veelheid aan rechtsbronnen die verschillen in herkomst, bindende werking, voorwaarden en effecten (zoals internationaal verdragenrecht, EHRM-jurisprudentie, EU-recht, de Nederlandse Grondwet en nationaal privaatrecht). In deze context is het haar taak om een normatief kader te construeren dat is opgebouwd uit bouwstenen die zijn ontleend aan die rechtsbronnen, daarin coherentie te brengen, en daaraan de specifieke norm te ontleen die de maatstaf vormt voor het handelen of nalaten van partijen.

Zoals wij zagen neemt de notie van reflexwerking een centrale positie in het vonnis in, omdat die internationale en Europese verplichtingen verbindt met nationale open normen van het privaatrecht. Over de reikwijdte van die reflexwerking kan men van mening verschillen. Heeft zij tot gevolg dat het scenario dat de IPCC voor Annex I-landen verstandig acht tot zorgplicht voor de Staat moet worden verheven? Of is een minder vergaande reflexwerking verdedigbaar, die meer discretionaire bevoegdheid aan de Staat laat? Dat is een zinvol debat, dat teruggaat tot de vraag naar de reikwijdte van het beginsel van coherente interpretatie dat aan reflexwerking ten grondslag ligt. Vereist dat beginsel dat de Staat intern door haar burgers kan worden gehouden aan de verplichtingen die zij extern tegenover andere Staten aangaat? Zo ja, wat is dan nog het verschil tussen de bindende werking en reflexwerking van die verplichtingen? Of vereist het beginsel van coherente interpretatie niet meer dan dat de norm die de Staat intern (in dit

geval de zorgplicht jegens de burger om zelf het nodige te doen om door de Staat erkende gevaarlijke mondiale klimaatverandering af te wenden) bindt niet strijdig is met haar externe verplichtingen, zodat een minder specifieke norm volstaat en de Staat meer rekening kan houden met de bijzonder politieke context? Wat ons betreft zou het debat veeleer over deze vragen moeten gaan.

De taak van de rechter in een meerlagige rechtsorde heeft een wezenlijk nieuwe dimensie gekregen, die wij als 'rechtsvinding 3.0' zouden willen typeren.<sup>25</sup> 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).<sup>26</sup> 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, eenheid en consistentie brengt tussen de verschillende lagen, en grensoverschrijdende rechtsbescherming biedt aan burgers.<sup>27</sup> Dat komt in de praktijk neer op de constructie van een coherent kader dat voortbouwt op de beschikbare bronnen en de specifieke norm rechtvaardigt die de maatstaf vormt voor de toetsing van het handelen of nalaten van de partijen. Aangezien in een dergelijke rechtsorde verschillende transnationale en nationale rechters zijn betrokken, zijn zij zich in toenemende mate bewust van elkaars uitspraken en jurisprudentie.<sup>28</sup> De nationale rechterlijke hiërarchie neemt daardoor in betekenis af. Het accent van de rechtsvorming door de rechter verschuift naar de grensoverschrijdende dialoog tussen de verschillende internationale en nationale rechters. Vanuit andere landen wordt dan ook met grote belangstelling naar het *Urgenda*-vonnis gekeken.<sup>29</sup> Het *Urgenda*-vonnis zal dan ook zijn betekenis behouden, ook als het wordt vernietigd in hoger beroep. Voor zover de Haagse rechtbank wordt gekritiseerd omdat zij zich een rol aanmeet die eerder de hoogste rechter zou passen, wordt die kritiek hierdoor gerelativeerd. In de huidige rechtsorde is het niet altijd meer de hoogste rechter – wie is dat trouwens? – die beslissende invloed heeft; soms is dat de eerste rechter of de appelrechter (afhankelijk van de ontwikkeling van de dialoog, de kwaliteit van de beslissing, en de stand van het politieke debat). Daar is ook niets op tegen, mits het systeem zelf voorziet in voldoende mogelijkheden voor controle en tegenspraak.

Ten slotte resteert het verwijt van rechterlijk activisme. Is de rechter 'te' activistisch door de Staat te bevelen het klimaatbeleid bij te stellen, of dient hij zich 'meer' terughoudend op te stellen? De woorden tussen aanhalingste-

**Het is 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, eenheid en consistentie brengt tussen de verschillende lagen, en grensoverschrijdende rechtsbescherming biedt aan burgers**

kens veronderstellen een maatstaf, maar welke is dat? Zoals hiervoor al aangegeven, is het zinvoller als uitgangspunt te nemen dat de rechter een taak heeft bij de oplossing van maatschappelijke problemen, met name indien de politiek het langdurig laat afweten en de oplossing van die problemen steeds urgenter wordt (vergelijk het stakingsrecht, abortus, euthanasie). Is er in dat licht voldoende reden voor een rechterlijke interventie? Het antwoord op die vraag kan pas achteraf worden gegeven. Jennifer Kilinsky citeert in dit verband Martin Luther King, die urgentie claimde voor het probleem van de gelijkberechtiging in de jaren zestig van de vorige eeuw: 'In this unfolding conundrum of life and history there is such a thing as being too late'.<sup>30</sup> Ook voor klimaatverandering is er zoiets als te laat zijn. Net als toen hebben we thans een sociaal probleem dat urgent om een oplossing vraagt. En net als toen, ontbreekt vooralsnog een politieke oplossing, en raken we stilaan door onze tijd heen. Daarom is misschien nu, net als toen, interventie van de rechter gerechtvaardigd. Niet om de allesomvattende oplossing te bereiken die alleen door de internationale politiek kan worden getroffen, maar wel door de ontwikkelingen te versnellen en daarmee een klein maar mogelijk beslissend verschil te maken. Zo beschouwd heeft de Haagse rechtbank de tekenen van de tijd misschien wel goed verstaan. Of dat zo is, zal de tijd moeten leren.

## 5. Conclusie

De bijdragen in de *NJB*-special over het *Urgenda*-vonnis zijn overwegend kritisch van toon. In deze bijdrage heb-

ben wij een ander perspectief willen ontwikkelen, dat leidt tot een meer positieve waardering. Daarbij hebben wij ervan afgezien om iedere stelling uit de commentaren te betwisten,<sup>31</sup> of om onze eigen vragen over het *Urgenda*-vonnis uitgebreid te belichten. Wij willen ook niet betogen dat er geen kwetsbaarheden schuilen in de redenering van de rechtbank. Waar het ons om gaat is dat veel commentaren teruggrijpen op klassieke interpretaties van de scheiding der machten, de taak van de burgerlijke rechter of rechterlijk activisme, en vanuit die veronderstellingen het Haagse vonnis op de korrel nemen. Dat is wat ons betreft te gemakkelijk, omdat het miskent dat rechterlijke beslissingen steeds vaker tot stand komen in de context van internationale netwerken van rechtsontwikkeling,<sup>32</sup> die niet noodzakelijk institutioneel, grondwettelijk, hiërarchisch of in een systeem van geformaliseerde 'checks and balances' verankerd zijn, maar die dikwijls in dialoog gevormd worden met het oog op concrete onderwerpen waarmee rechters in verschillende rechtsordes op hetzelfde moment worstelen.<sup>33</sup> Het Haagse vonnis vormt daarvan een treffend voorbeeld aangezien de rechtbank geconfronteerd is met een uiterst complexe rechtsvraag die zowel territoriale, generatieve als vakgebied-specifieke grenzen overstijgt. Daarom verdient het aanbeveling het vonnis mede te bestuderen in het licht van de fundamentele veranderingen die zich op dit moment in onze meerlagige rechtsorde voltrekken in plaats van het enkel te kritiseren vanuit concepties die daarmee niet langer stroken.<sup>34</sup> •

24. Van Wijk heeft er al in 1959 op gewezen dat wanneer de overheid inconsistent handelt en daarmee bewust het risico neemt dat overheidsinstrumenten hun doel niet (kunnen) bereiken, onrechtmatigheid en ondoelmatigheid vaak samenvallen. Zie H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1959, p. 18.

25. Daaronder verstaan wij rechtsvinding door de rechter die aan de volgende kenmerken beantwoordt: 1. zij is constructief van aard (gericht op de constructie van een norm voor het gegeven geval op basis van een amalgaam aan rechtsbronnen waarin die norm niet met zoveel woorden is geformuleerd), 2. zij is gericht op coherentie (zodanig dat de geconstrueerde norm eenheid brengt tussen de gebruikte rechtsbronnen), 3. zij vindt plaats binnen een meerlagige rechtsorde (waarin de rechtsbronnen van uiteenlopende herkomst zijn).

26. Met 'rechtsvinding 1.0' doelen wij ruwweg op het rechtsvindingsmodel van Hart

(*The concept of law*, Oxford: Oxford University Press 1961, chapter VII), en met 'rechtsvinding 2.0' op dat van R. Dworkin (*Law's empire*, Cambridge: Harvard University Press 1986, hfdst. 7).

27. Vergelijk bijv. M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog; over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), 2014, met de daar aangehaalde literatuur en voorbeelden.

28. Vergelijk E. Mak, *Judicial Decision-Making in a Globalised World, A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, Oxford: Hart publishing 2013.

29. Zie bijv. R. McKinstry jr., *Potential implications for the United States of the Urgenda Foundation v. Netherlands decision holding that the UNFCCC and international decisions required developed nations to reduce emissions by 25% from 1990 level by 2020*, SSRN working paper July 17, 2015 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2632726](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2632726) en S. Higginson, 'Global focus: Climate change litigation: Landmark Dutch ruling raises questions for Australia', *LSJ: Law Society of NSW Journal*, vol. 2, nr. 8, September 2015: 22-23: <http://search.informit.com.au/documentSummary;dn=446748249302334;res=IELHSS>. Zie ook de door *Urgenda* geïnspireerde Belgische klimaat-zaak: <http://klimaatzaak.eu/nl/>.

30. J. Kilinsky, 'International climate change liability: a myth or a reality?', *Journal of Transnational Law & Policy* 2009, vol. 18.2, p. 378-381.

31. Wel zouden we op veel juridisch-technische punten die in de commentaren zijn ingebracht ook inhoudelijk andere accenten hebben gelegd indien de ons toebemeten ruimte dat had toegelaten. Dat geldt bijvoorbeeld voor de uitleg van causaliteit, de toepasselijkheid van de Amerikaanse political question doctrine op de Nederlandse situatie, de uitleg van de bevoegdheid van

de burgerlijke rechter enz.

32. Daarover reeds E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling*, Lemma: Utrecht 1999.

33. Zie: J.B.M. Vranken, 'Taken van de Hoge Raad en zijn parket in 2025', in: T.F.E. Tjong Tjin Tai, R.A.J. van Gestel & J.J.A. Braspenning, *Cirkels. Een rondgang door het werk van Jan Vranken*, Deventer: Kluwer 2013, p. 299. Vergelijk voor een overzicht ook: A. Meuwese & M. Snel, 'Constitutional Dialogue: An Overview', *Utrecht law review*, vol. 9, issue 2, March 2013, p. 123-138.

34. Zie voor de gevolgen van toenemende gelaagdheid en verwevenheid van privaatrecht en publiekrecht meer uitgebreid: W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later: privaatrecht en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechele: Kluwer 2010.