

De stelling in deze aflevering van TvCR luidt:

De uitleg die het gerechtshof Den Haag in Urgenda geeft aan positieve verplichtingen onder het EVRM is niets bijzonders

D.G.J. Sanderink pleit voor, E.G.A. van der Werf tegen

Positieve verplichtingen als redders van het klimaat

D.G.J. SANDERINK*

Inleiding

Op 9 oktober 2018 bekrachtigde het Gerechtshof Den Haag het vonnis waarin de Rechtbank Den Haag de Staat op vordering van Urgenda had bevolen om het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen zodanig te (doen) beperken dat dit volume aan het einde van het jaar 2020 met ten minste 25% zal zijn verminderd in vergelijking met het niveau van het jaar 1990.¹ Het vonnis van de rechtbank baarde in 2015 veel opzien. Het heeft ook nogal wat kritiek van staats- en bestuursrechtgeleerden gekregen.² Velen hadden dan ook de verwachting dat het vonnis van de rechtbank in hoger beroep zou sneuvelen (vooral) op de grond dat de rechtbank op de stoel van de politiek (wetgever) was gaan zitten. De Staat heeft inmiddels al aangekondigd tegen het arrest van het hof in cassatie te gaan.

In deze bijdrage ga ik in op de stelling dat de uitleg die het hof geeft aan positieve verplichtingen onder het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) niets bijzonders is.³

Maatschappelijke zorgvuldigheid versus positieve verplichtingen onder het EVRM

De rechtbank oordeelde in 2015 dat de Staat handelde in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid (betamelijkheid) als bedoeld in artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) door de emissie van broeikasgassen eind 2020 niet met ten minste 25% terug te brengen ten opzichte van 1990. De (eisen van de) maatschappelijke zorgvuldigheid concretiseerde de rechtbank vervolgens mede met behulp van (de doelstellingen en beginse-len van) het Klimaatverdrag van de Verenigde Naties uit 1992, artikel 191

* Mr. dr. D.G.J. (Dirk) Sanderink is fellow bij de vaksectie bestuursrecht van de Radboud Universiteit en advocaat bij Damsté advocaten – notarissen.

¹ Zie Hof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, AB 2018/417 m.nt. Backes en Van der Veen en Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336 m.nt. Backes.

² Zie bijvoorbeeld Backes in zijn noot in AB 2015/336, R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter, *NJB* 2015, p. 2270-2277, W. Voermans, 'Staat moet wél in hoger beroep gaan', *de Volkskrant* 28 augustus 2015 en G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter. Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *Ars Aequi* 2016, p. 26-33.

³ Over het arrest valt veel te zeggen, maar dat is vanwege de beperkte omvang van deze bijdrage niet mogelijk. Zo zal ik bijvoorbeeld niet ingaan op de vraag of de rechter gelet op de machtenscheiding een bevel als in deze zaak mag geven.

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en artikel 2 en artikel 8 EVRM.⁴ Zij verleende aan deze publiekrechtelijke normen en beginselen derhalve reflexwerking bij de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid. Hoewel het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigde, volgde het niet deze juridische argumentatie van de rechtbank. Het hof oordeelde namelijk niet dat de Staat in strijd handelt met de maatschappelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 BW, maar wel dat hij in strijd handelt met de positieve verplichtingen onder artikel 2 en artikel 8 EVRM (zie r.o. 76).

De positieve verplichtingen onder artikel 2 en artikel 8 EVRM

In r.o. 40 zet het hof kort uiteen dat artikel 2 (recht op leven) en artikel 8 EVRM (recht op respect voor het privéleven en de woning) van toepassing kunnen zijn in omgevingsgerelateerde situaties.⁵ In r.o. 41 overweegt het hof dat de overheid onder artikel 2 en artikel 8 EVRM onder meer de positieve verplichting heeft om ter voorkoming van een toekomstige aantasting van de door deze artikelen beschermde belangen concrete handelingen te verrichten. In r.o. 41 tot en met 43 zet het hof bovendien uiteen onder welke omstandigheden deze positieve verplichting bestaat en welke begrenzing deze positieve verplichting kent. De positieve verplichting om concrete handelingen te verrichten ter voorkoming van toekomstige aantastingen is volgens het hof beperkt in die zin dat de overheid alleen concrete handelingen behoeft te verrichten die redelijk zijn en waartoe zij bevoegd is, indien sprake is van een reëel en onmiddellijk gevaar voor een aantasting en de overheid dit gevaar kent of behoort te kennen.

Deze overwegingen van het hof kan ik slechts onderschrijven, omdat zij in overeenstemming zijn met de vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).⁶ Bovendien lijken deze overwegingen van het hof voor belangrijke delen woordelijk aan mijn proefschrift te zijn ontleend. Dat geldt met name voor r.o. 41 en 42.⁷ Het geldt echter ook voor de begrippen 'omgevingsgerelateerde situaties', 'concrete handelingen' en 'toekomstige aantasting'. Het hof maakt niet duidelijk wat het met de eerste twee begrippen precies bedoelt. Zij komen ook niet uit de rechtspraak van het EHRM. In mijn proefschrift heb ik het woord 'omgevingsgerelateerd(e)' evenwel gebruikt om aan te duiden dat sprake is van een relatie met de fysieke leefomgeving.⁸ Het begrip 'omgevingsgerelateerde situatie' betekent dus een situatie die verband houdt met de fysieke leefomgeving. De term 'concrete handelingen' heb ik in mijn proefschrift gebruikt voor feitelijke handelingen en (publiekrechtelijke)

4 Zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.46, 4.52-4.63 en 4.109.

5 De eerste zin van r.o. 40 is wat ongelukkig geformuleerd. Het hof bedoelt kennelijk dat art. 2 EVRM van toepassing kan zijn in omgevingsgerelateerde situaties, omdat omgevingsgerelateerde handelingen/activiteiten een gevaar voor een overlijden of een levensbedreigende ziekte of

de stelling

verwonding in het leven kunnen roepen (zie D.G.J. Sanderink, *Het EVRM en het materiële omgevingsrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2015, p. 43).

6 Zie bijvoorbeeld EHRM 26 juli 2011, nr. 9718/03, EHRC 2011/147 m.nt. Van de Westelaken (*Georgel en Georgeta Stoicescu / Roemenië*), par. 51 en EHRM 18 juni 2013, nr. 14326/11, EHRC 2013/212 m.nt. Tjepkema (*Banel / Litouwen*), par. 65. Zie ook uitgebreid Sanderink 2015, p. 125-159.

7 Vergelijk deze overwegingen met passages uit Sanderink 2015, p. 125, 136 en 141.

8 Zie voor een nadere toelichting op dit begrip Sanderink 2015, p. 9.

rechtshandelingen van individuele strekking. Met de positieve verplichting om concrete handelingen te verrichten wordt in mijn proefschrift dus bedoeld de positieve verplichting tot het verrichten van feitelijke handelingen en/of het verrichten van rechtshandelingen van individuele strekking.⁹ Deze positieve verplichting is te onderscheiden van de tevens bestaande positieve verplichting om omgevingsgerelateerde regelgeving uit te vaardigen ter bescherming van de door artikel 2 EVRM, artikel 8 EVRM en/of artikel 1 Eerste Protocol (EP) beschermde belangen.¹⁰ Volgens het hof is (blijkens de vordering van Urgenda) in deze zaak de positieve verplichting om concrete handelingen te verrichten ter voorkoming van toekomstige aantastingen van de door artikel 2 en artikel 8 EVRM beschermde belangen aan de orde (zie r.o. 42). In deze zaak speelt dus niet de positieve verplichting om (omgevingsgerelateerde) regelgeving uit te vaardigen. Dat benadrukt het hof nog eens in r.o. 68. Daar overweegt het dat de vordering van Urgenda niet strekt tot het tot stand brengen van (formele of materiële) wetgeving en dat de Staat de volledige vrijheid houdt om te bepalen op welke wijze hij aan het gevorderde bevel uitvoering geeft, hetgeen (zoals door de Staat niet voldoende is weerlegd) ook zonder het uitvaardigen van wetgeving kan. Het EHRM heeft de positieve verplichting om concrete handelingen te verrichten ter voorkoming van een toekomstige aantasting reeds in diverse omgevingsgerelateerde situaties toegepast, zoals bij de exploitatie van een vuilnisbelt die door methaangasvorming een explosiegevaar voor omwonenden opleverde, bij modderstromen die door een rivier veroorzaakt werden en een overstromingsgevaar voor de inwoners van een dorp opleverden, bij de exploitatie van een stuwmeer dat een overstromingsgevaar voor omwonenden stroomafwaarts opleverde en bij een vervallen gebouw dat een instortingsgevaar opleverde.¹¹

Klimaatverandering als reëel en onmiddellijk gevaar

De positieve verplichting om concrete handelingen te verrichten ter voorkoming van toekomstige aantastingen van de door artikel 2 en artikel 8 EVRM beschermde belangen bestaat, zoals hiervoor is gebleken, alleen, indien sprake is van een reëel en onmiddellijk gevaar voor een aantasting en de overheid dit gevaar kent of behoort te kennen. In r.o. 44 zet het hof een aantal feiten op een rij die slechts als buitengewoon verontrustend kunnen worden aangemerkt, hoewel zij voor degenen die het nieuws een beetje volgen niet als een verrassing hoeven te komen. Er is volgens het hof een direct, lineair verband tussen de door de mens veroorzaakte uitstoot van broeikasgassen en de opwarming van de aarde. De aarde is

9 Zie Sanderink 2015, p. 123-124.

10 Zie over de positieve verplichting om omgevingsgerelateerde regelgeving uit te vaardigen Sanderink 2015, p. 63 e.v. Zie ook D.G.J. Sanderink, 'Overheidsaansprakelijkheid voor schending van de positieve verplichting om regelgeving uit te vaardigen', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2016, p. 3-14.

11 Zie EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, AB 2005/43 m.nt. Woltjer, EHRC 2005/10, NJ 2005/210 m.nt. Alkema (Öneryildiz / Turkije), EHRM 20 maart 2008, nr. 15339/02, AB 2008/206 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, EHRC 2008/73 m.nt. Janssen, NJ 2009/229 m.nt. Alkema (Budayeva e.a. / Rusland), EHRM 28 februari 2012, nr. 17423/05, AB 2012/314 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik, EHRC 2012/105 m.nt. Sanderink, JB 2012/120 m.nt. Sanderink (Kolyadenko e.a. / Rusland) en EHRM 18 juni 2013, nr. 14326/11, EHRC 2013/212 m.nt. Tjepkema (Banel / Litouwen). Zie hierover ook Sanderink 2015, p. 126-134 en 141-148.

sinds het pre-industriële tijdperk ongeveer 1,1 °C opgewarmd, waarbij de opwarming tussen 1850 en 1980 ongeveer 0,4 °C bedroeg en tussen 1980 en nu 0,7 °C. De verwachting is dat deze opwarming verder zal versnellen, met name omdat uitgestoten broeikasgassen hun volledige opwarmende werking pas na 30 tot 40 jaar bereiken. De wereldwijde emissies van broeikasgassen vertonen nog steeds een stijgende lijn. Er bestaat consensus dat de mondiale temperatuurstijging in ieder geval ruim onder de 2 °C moet worden gehouden, terwijl een 'veilige' temperatuurstijging niet meer dan 1,5 °C mag bedragen. De kans om het streefgetal van 1,5 °C te halen is uitermate klein geworden, terwijl beperking van de opwarming tot ruim minder dan 2 °C in ieder geval aanzienlijke inspanningen zal vergen.

Deze feiten liegen er niet om. Iedereen kent uit het nieuws bovendien de veelvuldige waarschuwingen van klimaatwetenschappers dat de uitstoot van broeikasgassen zo snel mogelijk fors teruggebracht moet worden om gevaarlijke klimaatverandering (voor zover nog mogelijk) te voorkomen.¹² Tegen deze achtergrond kan het geen verbazing wekken dat het hof in r.o. 45 concludeert dat er een ernstig risico (reëel en onmiddellijk gevaar) bestaat dat de huidige generatie ingezetenen zal worden geconfronteerd met verlies van leven en/of verstoring van het gezinsleven.¹³ Voor deze conclusie is van belang dat de opwarming van de aarde, zoals het hof in r.o. 44 opmerkt en ook algemeen bekend is, leidt tot overstromingen, hittestress door intensievere en langere hitteperiodes, toename van ziekten van de luchtwegen door verslechterde luchtkwaliteit, droogtes met hevige bosbranden, toenemende verspreiding van infectieziekten en verstoring van de voedselproductie en de drinkwatervoorziening. Van belang is ook dat de Staat blijkbaar niet (gemotiveerd) heeft bestreden dat een inadequaat klimaatbeleid in de tweede helft van deze eeuw tot honderdduizenden slachtoffers in (alleen) West-Europa zal leiden. Het is duidelijk dat deze gevolgen van klimaatverandering (kunnen) leiden tot een verlies van leven en aantastingen van de gezondheid, de lichamelijke en psychische integriteit en de woning. Deze belangen worden door artikel 2 en artikel 8 EVRM beschermd.¹⁴ Het is mijns inziens zelfs goed verdedigbaar dat er niet slechts een reëel en onmiddellijk gevaar voor toekomstige aantastingen van de door artikel 2 en artikel 8 EVRM beschermde belangen bestaat, maar dat deze aantastingen ook nu al plaatsvinden als gevolg van klimaatverandering. De zomer van 2018 heeft in Nederland immers extreme hitte en droogte (met mislukte oogsten) gebracht, terwijl in andere landen intense overstromingen en bosbranden plaatsvonden. Door die hitte, overstromingen en bosbranden zijn ook mensen overleden. Klimaatwetenschappers hebben over dit extreme weer gezegd dat ernstige

12 Zie bijvoorbeeld recent F. Harvey, 'World must triple efforts or face catastrophic climate change, says UN', *The Guardian* 27 november 2018, F. Harvey, 'Past four years hottest on record, data shows', *The Guardian* 29 november 2018 en D. Carrington, 'Brutal news': global carbon emissions jump to all-time high in 2018', *The Guardian* 5 december 2018.

13 Het hof spreekt van 'verstoring van het gezinsleven', maar mijns inziens is het recht op respect voor het privéleven en de woning hier duidelijker in het geding. Zie over de vraag wanneer sprake is van een reëel en onmiddellijk gevaar Sanderink 2015, p. 141-148.

14 Zie Sanderink 2015, p. 43-48.

klimaatverandering en de gevolgen van de opwarming van de aarde zich voor onze ogen voltrekken.¹⁵

De noodzaak van een reductie van de uitstoot van broeikasgassen met 25%

Het geschil tussen de Staat en Urgenda draait om de vraag of van de Staat kan worden gevegd dat hij eind 2020 een reductie in de uitstoot van broeikasgassen realiseert van ten minste 25% ten opzichte van 1990. Het hof komt in r.o. 46 tot en met 53 onder meer op basis van rapporten van het Intergovernmental Panel on Climate Change tot de conclusie dat een emissiereductie van 25-40% in 2020 noodzakelijk is voor het verwezenlijken van de doelstelling van een temperatuurstijging van minder dan 2 °C en dat de Staat dat ook al sinds 2007 weet. Bij deze stand van zaken oordeelt het hof in r.o. 71 tot en met 76 mijns inziens terecht dat de Staat in strijd handelt met zijn positieve verplichtingen onder artikel 2 en artikel 8 EVRM door na te laten de emissies van broeikasgassen eind 2020 met ten minste 25% te (doen) beperken. Die positieve verplichtingen vereisen dat de Staat concrete handelingen verricht die redelijkerwijs van hem gevegd kunnen worden. Welke concrete handelingen redelijkerwijs van de Staat gevegd kunnen worden is afhankelijk van een belangenafweging.¹⁶ Mijns inziens valt niet in te zien waarom handelingen (maatregelen) die de emissies eind 2020 met ten minste 25% terugbrengen, niet redelijkerwijs van de Staat gevegd zouden kunnen worden. Zoals het hof in r.o. 67 opmerkt, staat er immers veel op het spel, namelijk het risico op een onomkeerbare aantasting van de wereldwijde ecosystemen en de bewoonbaarheid van de aarde. Bovendien had de Staat blijkens r.o. 52 tot 2011 zelf het beleid om de emissies in 2020 met 30% terug te brengen, zodat een reductie van 25% redelijk en haalbaar is. Van een onmogelijke of disproportionele last voor de Staat is daarom geen sprake. De Staat heeft zich in dit verband echter beroepen op zijn beleidsruimte ('wide margin of appreciation'). Volgens Backes en Van der Veen stelt het hof dat er helemaal geen 'beoordelingsruimte' voor de Staat is.¹⁷ Mijns inziens is dit niet juist. Het hof heeft op basis van klimaatwetenschappelijk onderzoek vastgesteld welke emissiereductie eind 2020 minimaal noodzakelijk is om de temperatuurstijging onder de 2 °C te houden teneinde gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen. Volgens dit klimaatwetenschappelijk onderzoek moeten de emissies eind 2020 met 25% tot 40% gereduceerd worden om de temperatuurstijging onder de 2 °C te houden (zie r.o. 48-51). Het hof heeft het bevel (net als de rechtbank) beperkt tot een reductie van 25%. Daarmee is het bevel beperkt tot de ondergrens van wat

¹⁵ Zie D. Carrington, 'Extreme global weather is 'the face of climate change' says leading scientist', *The Guardian* 27 juli 2018.

¹⁶ Zie Sanderink 2015, p. 96-98 en 153-156.

¹⁷ Zie punt 3 van hun noot onder het arrest (AB 2018/417).

volgens deskundigen minimaal noodzakelijk is om het reële en onmiddellijke gevaar voor aantasting van de door artikel 2 en artikel 8 EVRM beschermde belangen af te wenden. Daar komt dan nog bij dat, zoals het hof in r.o. 50 opmerkt, in de klimaatwetenschap inmiddels is onderkend dat een veilige temperatuurstijging veeleer 1,5 °C dan 2 °C is. Door in zijn beoordeling van 2 °C (in plaats van 1,5 °C) uit te gaan hanteert het hof ook hier de absolute ondergrens van hetgeen objectief bezien noodzakelijk is. De ‘margin of appreciation’ van de Staat kan mijns inziens niet zo ver gaan dat het hem vrijstaat maatregelen na te laten die volgens de meest recente wetenschappelijke kennis minimaal noodzakelijk zijn ter bescherming van de door artikel 2 en artikel 8 EVRM beschermde belangen.¹⁸ Anders worden de positieve verplichtingen immers een lege huls, doordat zij hun beschermingsdoelstelling objectief bezien niet meer kunnen bereiken. Bovendien laat het hof de Staat volledig vrij in de keuze van de maatregelen waarmee hij de reductie wil verwezenlijken (zie r.o. 67 en 68). Van een miskennis van de ‘wide margin of appreciation’ van de Staat is mijns inziens derhalve geen sprake.

Slot

Gezien het voorgaande onderschrijf ik in hoofdzaak de stelling dat de uitleg die het hof geeft aan de positieve verplichtingen onder het EVRM juridisch niets bijzonders is. Die uitleg is immers in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het EHRM. Wel bijzonder en mijns inziens ook moedig is dat het hof de positieve verplichtingen onder artikel 2 en artikel 8 EVRM toepast op klimaatverandering en aldus op een gevaar met mondiale oorzaken en gevolgen.¹⁹ De situaties die tot dusver in de rechtspraak van het EHRM aan de orde zijn geweest betreffen gevaarlijke situaties die zich voordeden in een min of meer afgebakend geografisch gebied. Dat is niet het geval met de gevaren van klimaatverandering, omdat deze zich over de hele wereld voordoen. Daardoor zijn de door artikel 2 en artikel 8 EVRM beschermde belangen van heel veel mensen op heel veel plaatsen in het geding.²⁰ In zoverre is de toepassing van de positieve verplichtingen op klimaatverandering wel degelijk bijzonder.

¹⁸ Zie ook M.A. Loth, ‘De Rechtbank Den Haag heeft gesproken...’, *AV&S* 2015, p. 153-155.

¹⁹ De Staat heeft betoogd dat de Nederlandse emissies in absolute zin gering zijn en dat geen sprake is van causaal verband (zie r.o. 61 en 64). Deze verweren worden nader besproken in mijn noot onder het arrest in *Jurisprudentie Bestuursrecht (JB)*.

²⁰ Het EHRM heeft wel eens overwogen dat sprake moet zijn van ‘a real and immediate risk to the life or the physical integrity of an identified individual’ (zie *Georgel en Georgeta Stoicescu / Roemenië*, par. 51). Dat betekent evenwel niet dat alleen sprake is van een positieve verplichting om concrete handelingen ter voorkoming van een toekomstige aantasting te verrichten, indien duidelijk is welke specifieke, met naam aan te duiden persoon of personen blootstaan aan het gevaar. De rechtspraak van het EHRM bevat voldoende voorbeelden waarin een schending van die positieve verplichting werd vastgesteld, terwijl een onbepaald aantal niet nader geïdentificeerde personen blootstond aan het gevaar. Dat was bijvoorbeeld ook het geval in *Georgel en Georgeta Stoicescu / Roemenië* en diverse andere al aangehaalde arresten.