

University of Groningen

Case note: ECLI:NL:HR:2019:2006

de Graaf, K.J.; Marseille, A.T.

Published in:
Ars Aequi

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, K. J., & Marseille, A. T. (2020). Case note: ECLI:NL:HR:2019:2006. AA20200955. Casenote over: Hoge Raad, 20/12/2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Van 'waar bemoeit die rechter zich mee?' tot 'res loquitur ipsa'. De Urgenda-zaak bij de Hoge Raad). *Ars Aequi*, 2020(10), 655-660.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

University of Groningen

Van 'waar bemoeit die rechter zich mee?' tot 'res loquitur ipsa'.

de Graaf, K.J.; Marseille, A.T.

Published in:
Ars Aequi

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

de Graaf, K. J., & Marseille, A. T. (2020). Van 'waar bemoeit die rechter zich mee?' tot 'res loquitur ipsa'. De Urgenda-zaak bij de Hoge Raad. *Ars Aequi*, 2020(10), 655-660. [AA20200955].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Van ‘waar bemoeit die rechter zich mee?’ tot ‘res loquitur ipsa’.

De Urgenda-zaak bij de Hoge Raad

Prof.mr.dr. K.J. de Graaf & prof.mr.dr. A.T. Marseille

Hoge Raad 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier, *AB* 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen, *JB* 2020/37, m.nt. D.G.J. Sanderink, *M en R* 2020/8, m.nt. T.J. Thurlings-Rassa (*Urgenda*)

Inleiding

Als er in de afgelopen jaren één (Nederlands) geschil zou moeten worden aangewezen waarover de rechter uitspraak deed en waarover veel juristen in de wereld verbaasd waren, vanwege de mate waarin de rechterlijke macht meende te kunnen interveniëren in het politieke domein, dan betreft dat het geschil tussen de Nederlandse Staat en de stichting Urgenda. Op 24 juni 2015 oordeelde de civiele afdeling van de rechtbank Den Haag – in een in het Engels vertaalde uitspraak van 60 pagina’s – dat Nederland de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm schond door beleid te voeren dat zou leiden tot een vermindering van de CO₂-uitstoot in 2020 van minder dan 25% ten opzichte van de uitstoot in 1990. Dergelijk beleid van Nederland werd beoordeeld als onvoldoende om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen en was daarom onrechtmatig. Geoordeeld werd tevens dat Urgenda zich niet kon beroepen op de mensenrechten neergelegd in de artikelen 2 (recht op leven) en 8 (recht op gezinsleven) van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). De rechtbank veroordeelde de Staat om de CO₂-uitstoot tegen 2020 met 25% te verminderen ten opzichte van een basislijn van 1990. Naast dat de Staat onmiddellijk naar buiten bracht dat het aan het bevel zou voldoen, leidde de uitspraak tot bijval, kritiek en ongeloof. Maar bovenal was er de voorspelling – ook van de Staat – dat de uitspraak van de rechtbank weliswaar maatschappelijk sympathiek was, maar juridisch niet in stand kon blijven in hoger beroep.

Tot veler verrassing oordeelde het hof op 9 oktober 2018 dat het beroep van de Urgenda op de artikelen 2 en 8 van het EVRM succesvol was. De Staat heeft, zo oordeelde het hof, op grond van artikel 2 EVRM een positieve verplichting om het leven van burgers binnen zijn rechtsgebied te beschermen, terwijl artikel 8 EVRM de verplichting schept om het recht op wonen en het privéleven te beschermen. Deze verplichting geldt voor alle activiteiten die de in deze artikelen beschermde rechten in gevaar kunnen brengen, met name ook voor industriële activiteiten die van nature gevaarlijk zijn. Als de Staat op de hoogte is van het bestaan van een reële en onmiddellijke bedreiging, moeten er voorzorgsmaatregelen worden genomen om inbreuk op het recht op leven zoveel mogelijk te voorkomen. Is er dan sprake van de beweerde (dreigende) gevaarlijke klimaatverandering? Het hof beschouwt gevaarlijke klimaatverandering als een reële dreiging, met als gevolg het ernstige risico dat de huidige generatie burgers wordt geconfronteerd met verlies van levens en/of een verstoring van het gezinsleven. Uit de artikelen 2 en 8 EVRM volgt dus dat de Staat de plicht heeft om mensen tegen deze reële dreiging te beschermen. Het hof oordeelde dat het bevel van de rechtbank in overeenstemming is met de positieve verplichting van de Staat op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM om een passend wettelijk en bestuursrechtelijk kader in te stellen om een doeltreffende afschrikking te bieden tegen bedreigingen van het recht op leven. En hoe reageerde het hof op het argument dat de rechter door dit bevel te zeer op de stoel van de wetgever of politiek plaatsnam? De Staat had gesteld dat het beperken van de gecumuleerde omvang van de Nederlandse broei-

kasgasemissies alleen (dwingend) kan worden bereikt door het aannemen van nieuwe wet- en regelgeving. De rechter zou niet in de positie zijn om de Staat een dergelijk bevel op te leggen; dat zou in strijd zijn met de ideeën over de machtenscheiding. Volgens het hof heeft de rechtbank echter terecht geoordeeld dat de vordering van Urgenda niet bedoeld was om wetgeving te creëren en dat de Staat de volledige vrijheid behield om te bepalen *hoe* aan het bevel zou worden voldaan. Het hof wijst – zoals ook Urgenda had gedaan – op het Klimaatakkoord om aan te tonen dat ook op andere wijze aan het bevel zou kunnen worden voldaan.¹ Ook in het geval naleving van het bevel alleen kan worden bereikt door het creëren van wetgeving door het parlement of lagere overheidsorganen, dan nog schrijft het bevel op geen enkele wijze de inhoud van dergelijke wetgeving voor. Er is daarom geen sprake van een (verboden geacht) wetgevingsbevel. Inhoudelijk voegt het hof daaraan toe dat het verplicht is bepalingen met rechtstreekse werking van verdragen waarbij Nederland partij is, waaronder de artikelen 2 en 8 EVRM, toe te passen.

Hieronder geven wij allereerst weer op welke wijze de Hoge Raad tot zijn oordeel kwam in het cassatieberoep van de Staat in de *Urgenda*-zaak. Vervolgens bespreken we de vraag in hoeverre de Hoge Raad met deze uitspraak te zeer het politieke domein heeft betreden dan wel zich te activistisch heeft opgesteld.

Het *Urgenda*-arrest

De eerste vraag die opkomt bij de beoordeling van de *Urgenda*-zaak, is waar de rechter zich eigenlijk mee bemoeit. Is het niet aan de politiek om beleid te voeren en te beslissen welke maatregelen wel of niet op welk moment nodig zijn om de klimaatcrisis te lijf te gaan? De Staat voerde dat in de cassatieprocedure ook aan. In zijn reactie definieert de de Hoge Raad de verschillende rollen van de politiek en de rechter:²

‘[...] in het Nederlandse staatsbestel [komt] de besluitvorming over reductie van de uitstoot van broeikasgassen toe aan de regering en het parlement. Zij hebben een grote mate van vrijheid om de daarvoor vereiste politieke afwegingen te maken. Het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij het gebruik van die vrijheid zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden.’

De vraag is vervolgens wat dat ‘recht’ waar de overheid aan is gebonden, in dit geval is. Het hof had geoordeeld dat de Staat had gehandeld in strijd met de artikelen 2 en 8 EVRM. De Staat betoogt in de cassatieprocedure dat uit die artikelen niet volgt dat hij verplicht is bescherming te bieden tegen de reële dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering. De Staat acht het gevaar daarvoor niet voldoende specifiek, omdat het mondiaal is. Bovendien betreft het gevaar het milieu, dat volgens de Staat niet door het EVRM wordt beschermd.³

In reactie daarop overweegt de Hoge Raad dat het EVRM staten die bij het verdrag zijn aangesloten, zoals Nederland, verplicht om de rechten en vrijheden te verzekeren die in het verdrag zijn vastgesteld, waaronder het recht op leven (art. 2) en het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven (art. 8). Volgens de rechtspraak van het EHRM moet een verdragsstaat passende maatregelen nemen als sprake is van een ‘real and immediate risk’ voor het leven of welzijn van personen. Die verplichting betreft ook milieugevolgen die grote groepen of de bevolking van een verdragsstaat als geheel raken. Dat de opwarming van de aarde een wereldwijd probleem betreft en dat het aandeel van Nederland in de oplossing daarvan per definitie maar zeer beperkt kan zijn, doet daar niet aan af. De Hoge Raad overweegt dat Nederland partij is bij het VN-Klimaatverdrag, dat berust op het uitgangspunt dat alle aangesloten landen maatregelen moeten treffen om klimaatverandering te voorkomen, in overeenstemming met ieders specifieke verantwoordelijkheden en mogelijkheden. Nederland is dan ook verplicht om, voor zijn aandeel, de uitstoot van broeikasgassen te verminderen, vanwege de reële dreiging van klimaatverandering. Die verplichting berust op de artikelen 2 en 8 EVRM.

De vraag is vervolgens wat die uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichting concreet inhoudt. De Hoge Raad zegt daarover dat moet worden gelet op ‘breed gedragen inzichten in de wetenschap en internationaal aanvaarde standaarden’.⁴ Zo wordt in het Fourth Assessment Report van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC, in het arrest van de Hoge Raad aangeduid als AR4) uit 2007 beschreven dat bij een temperatuurstijging van 2 °C boven het niveau van het pre-industriële tijdperk het risico ontstaat van een gevaarlijke, onomkeerbare verandering van het klimaat. De Hoge Raad komt tot de vaststelling dat er consensus binnen de wetenschap is dat een opwarming van meer dan 1,5 °C onaanvaardbaar is en tevens dat, om te bereiken dat de opwarming niet meer dan 2 °C bedraagt, de ontwikkelde landen hun uitstoot in 2020 moeten hebben verminderd met 25 tot 40% ten opzichte van 1990. De Hoge Raad concludeert daaruit dat de Staat om die reden tot een dergelijke vermindering kan zijn gehouden.⁵

Maar acht de Hoge Raad de Staat op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM ook daadwerkelijk tot exact die vermindering gehouden? Voor het antwoord op die vraag is volgens de Hoge Raad met name van belang dat de Nederlandse overheid haar beleid in het afgelopen decennium heeft gewijzigd. Tot 2011 werd uitgegaan van een reductiedoelstelling voor 2020 van 30%. Na 2011 is de doelstelling voor 2020 bijgesteld tot een reductie van 20% in EU-verband. Is die inspanning voldoende om te concluderen dat Nederland aan zijn positieve verplichting op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM voldoet? De Staat vindt dat dat het geval is.

1 Het lijkt helder dat het Klimaatakkoord een belangrijke stap richting het behalen van klimaatdoelen is, maar juridisch bindend kan het

niet worden genoemd en bovendien is het gericht op doelen voor 2030.
2 Zie r.o. 8.3.2.

3 Zie r.o. 5.1.
4 R.o. 6.3.
5 R.o. 7.3.3.

De Staat voert in deze procedure aan dat het behalen van een reductie met 25% tot 40% in 2020 (bij nader inzien) niet nodig is omdat door een versnelde vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in Nederland na 2020 hetzelfde resultaat kan worden bereikt.⁶

De Hoge Raad is niet overtuigd van de redenering van de Staat dat ook met het stellen van – relatief – lage CO₂-emissiereductiedoelen voor 2020, om in de periode daarna extra hard te werken aan het realiseren van de klimaatdoelstellingen, kan worden voldaan aan de positieve verplichting van de artikelen 2 en 8 EVRM. Hij overweegt:

‘7.4.3 [...] Ieder uitstel van de vermindering van de uitstoot betekent [...] dat de vermindering van de uitstoot in de toekomst steeds omvangrijker zal moeten zijn om het uitstel zowel in tijd als in omvang te kunnen goedmaken. Dat betekent dat bij ieder uitstel van de vermindering van de uitstoot, de later te nemen reductiemaatregelen in beginsel in toenemende mate ingrijpender en kostbaarder moeten worden om het beoogde resultaat te bereiken, en ook riskanter zullen zijn. [...]

7.4.4 Na AR4 is het inzicht ontstaan dat om een gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, op korte termijn juist nog grotere reducties van de uitstoot van broeikasgassen noodzakelijk zijn, en dat deze noodzaak ook steeds dringender wordt, zowel vóór 2020 als in de daarop aansluitende periode tot 2030 [...].

7.4.5 De Staat erkent de hiervoor in 7.4.3 vermelde feiten [...] en bestrijdt de hiervoor in 7.4.4 genoemde feiten niet. [...]

7.4.6 Gegeven het hiervoor in 7.4.3-7.4.5 overwogene kan ernstige twijfel bestaan of bij de door de Staat voorgenen reductie in EU-verband van 20% in 2020, de ook volgens de Staat zelf in elk geval noodzakelijke totale reductie over de komende decennia nog haalbaar is. De noodzaak tot deze reductie vereist immers veeleer dat de Staat voor 2020 een reductie van de uitstoot van broeikasgassen nastreeft die hoger ligt dan 25%, dan een reductie die lager ligt.’

De Hoge Raad voegt daaraan toe:

‘De Staat heeft niet uiteengezet dat en waarom, ondanks het vorenstaande en met inachtneming van het in dit verband geldende voorzorgsbeginsel, een beleid dat is gericht op 20% reductie in 2020, toch verantwoord is te achten. De Staat heeft geen inzicht gegeven in welke maatregelen hij voornemens is te nemen in de komende jaren, laat staan waarom deze maatregelen, ondanks het vorenstaande, zowel praktisch haalbaar zouden zijn, als afdoende om in voldoende mate overeenkomstig het aandeel van Nederland bij te dragen aan het voorkomen van een gevaarlijke klimaatverandering. De Staat heeft volstaan met de stelling dat in dit verband “zeker mogelijkheden bestaan”.’

Kort maar goed: nu de Staat niet heeft toegelicht dat de voorgenen versnelling van de reductie na 2020 praktisch haalbaar en voldoende effectief zal zijn om de doelen voor 2030 en 2050, en daarmee de 2 °C- en de 1,5 °C-doelstelling, binnen bereik te houden, kon het hof oordelen dat de Staat zich in elk geval aan de internationaal noodzakelijk geachte doelstelling van minimaal 25% reductie in 2020 moet houden. De beslissing van het hof wordt derhalve in stand gelaten.

6 R.o. 7.4.2.

Een laatste vraag die de Hoge Raad beantwoordt, betreft de consequenties van het door de rechter gegeven bevel voor het handelen van de Nederlandse overheid. De Staat heeft aangevoerd dat het bevel om de Nederlandse uitstoot van broeikasgassen te verminderen neerkomt op een bevel tot wetgeving, iets wat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad – blijkens het *Waterpakt*-arrest uit 2003 – verboden is.

De Hoge Raad overweegt hierover dat

‘[...] in dit geval op de Staat een rechtsplicht rust uit hoofde van de bescherming die hij op grond van de art. 2 en 8 EVRM dient te bieden aan de ingezetenen van Nederland, ter bescherming van hun recht op leven en hun recht op privé-, familie- en gezinsleven. Tot nakoming van die plicht kan hij dus door de rechter worden veroordeeld, tenzij een grond voor een uitzondering bestaat overeenkomstig art. 3:296 BW. Op grond van die bepaling doet zich een uitzondering voor als de wet dat bepaalt of als dat volgt uit de aard van de verplichting of de rechtshandeling. De rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot een bevel tot wetgeving betreft een toepassing van deze uitzondering.

8.2.3 Deze rechtspraak berust op twee overwegingen. In de eerste plaats is dat de overweging dat de rechter zich niet in de politieke besluitvorming dient te begeven die bij de totstandkoming van wetgeving aan de orde is. In de tweede plaats is dat de overweging dat door een dergelijk bevel een regeling in het leven moet worden geroepen die ook voor anderen dan de procespartijen geldt.’

De Hoge Raad concludeert hieruit

‘dat het de rechter uitsluitend niet is toegestaan om een bevel te geven wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen. [...] De rechter kan dus wel een verklaring voor recht uitspreken dat het uitblijven van wetgeving onrechtmatig is [...]. Ook kan hij het betrokken openbaar lichaam een bevel geven om maatregelen te nemen teneinde een bepaald doel te bereiken, zolang dat bevel niet neerkomt op een bevel om wetgeving met een bepaalde, specifieke inhoud tot stand te brengen.’

Over het door het hof gegeven bevel zegt de Hoge Raad:

‘Dit bevel komt [...] niet neer op een bevel om specifieke wetgevende maatregelen te nemen, maar laat de Staat vrij in de keuze van de te nemen maatregelen teneinde een reductie in de uitstoot van broeikasgassen van 25% in 2020 te bereiken. Dit wordt niet anders doordat voor veel van de mogelijk te nemen maatregelen wetgeving nodig zal zijn, zoals de Staat aanvoert. Het blijft immers aan de Staat om te bepalen welke maatregelen worden getroffen en welke wetgeving tot stand wordt gebracht om die reductie te bereiken.’

Al met al acht de Hoge Raad het bevel van het hof niet in strijd met het verbod aan de rechter om een wetgevingsbevel te geven.

Noot

In onze noot stellen we de vraag centraal in hoeverre de Hoge Raad zich in zijn uitspraak als activistische rechter laat zien. Hoe actief kan de rechter het handelen of nalaten van de regering en het parlement beoordelen zonder dat hem terecht het verwijt kan worden gemaakt op de stoel van het bestuur en/of de wetgever te gaan zitten?

Introductie

Hoe actief toont de Hoge Raad zich in dit arrest als toetsers van de besluitvorming door de overheid? Het antwoord op die vraag luidt zonder meer: behoorlijk actief. Zo lang de Hoge Raad zijn taak in algemene bewoordingen formuleert ('Het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij het gebruik van die vrijheid zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden'), lijkt er nog niet zoveel aan de hand. Maar het feit dat de Hoge Raad in deze zaak tot de conclusie komt dat de Staat, met de beslissing om zich niet te willen vastleggen op een reductie van 25% van de uitstoot van broeikasgassen eind 2020 ten opzichte van 1990, niet binnen de grenzen van het recht is gebleven, is zonder meer het resultaat van een actieve invulling van de taak van de rechter.

Het oordeel van de Hoge Raad is overtuigender gemotiveerd dan dat van het hof, dat weer overtuigender was dan dat van de rechtbank. De beslissing van het hof overtuigde meer dan die van de rechtbank, omdat het hof de artikelen 2 en 8 EVRM als toetsingkader hanteerde, in plaats van het uiterst vage criterium van de maatschappelijke zorgvuldigheid waar de rechtbank zich op baseerde. De beslissing van de Hoge Raad is op zijn beurt overtuigender dan die van het hof, omdat de toepasselijkheid van de artikelen 2 en 8 EVRM en de consequentie daarvan voor de beoordeling van het handelen van de Staat beter zijn onderbouwd.⁷

Dat neemt niet weg dat de wettelijke normen aan de hand waarvan de Hoge Raad moet beoordelen of de overheid binnen de grenzen van het recht is gebleven, de artikelen 2 en 8 EVRM, behoorlijk vaag zijn. Het risico daarvan is dat de constatering door de rechter dat die normen zijn geschonden, een arbitrair of rechtspolitiek karakter lijkt te hebben. Zo'n negatief oordeel over het handelen van de overheid lijkt dan een weliswaar verstandige, goed gefundeerde opvatting, maar wel een waar andere, evenzeer verstandige en goed gefundeerde opvattingen tegenover te stellen zijn die tot een tegenovergestelde conclusie leiden. De uitkomst van de beoordeling is dan zeker niet de enig mogelijke uitkomst. De overweging van de Hoge Raad dat het de taak van de rechterlijke macht is om te beoordelen of de regering en het parlement bij hun beleidsbeslissingen zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, klinkt dan bijna als een platitudo. Een dergelijke zinsnede overtuigt indien hetgeen rechtens is, relatief eenvoudig is vast te stellen. Dat is hier niet het geval. Het verbaast dan ook niet dat de Hoge Raad er alles aan doet om zo overtuigend mogelijk te motiveren dat hij niet anders kon beslissen dan dat het handelen van de Staat in strijd was met de artikelen 2 en 8 EVRM.

Geen hulplijn en het spiegelbeginsel

Als eerste valt aan die exercitie van de Hoge Raad op dat hij de vrijheid neemt om de mensenrechtelijke bepalingen van het EVRM te interpreteren en de reikwijdte zelfstandig vast te stellen. Als de Hoge Raad met die interpretatie de reikwijdte van die rechten zou hebben verruimd, dan bevindt hij zich op glad ijs. Weliswaar mag het nationale beschermingsniveau van de mensenrechten uitstijgen boven het beschermingsniveau van het EVRM (zie art. 53 EVRM), maar dat is uiteraard alleen het geval indien de betreffende nationale rechtsorde dat ook toestaat. En daar ligt in Nederland wel een (constitutioneel) probleem, dat wel wordt aangeduid als het spiegelbeginsel.⁸ Het houdt in dat vanwege het samenspel van de artikelen 94 (doorwerking van een ieder verbindend internationaal recht) en 120 Grondwet (toetsingsverbod) de Hoge Raad sinds 1989 aanneemt dat indien een hoger beschermingsniveau gewenst is dan volgt uit de rechtspraak van het EHRM, de wetgever aan zet zou zijn om dat hogere niveau te realiseren, en niet de rechter.⁹ Hoewel er zeker discussie mogelijk is over de vraag of het *Urgenda*-arrest een verruiming inhoudt van het beschermingsbereik van de artikelen 2 en 8 EVRM, heeft hij ervoor gekozen om die interpretatie zelfstandig ter hand te nemen. De Hoge Raad maakt evenmin gebruik van de bij de vraag naar die reikwijdte – sinds de inwerkingtreding van het 16e Protocol van het EVRM op 1 augustus 2018 – in te schakelen hulplijn. Ingevolge dat Protocol staat het de Hoge Raad vrij die vraag – gedurende de procedure – voor te leggen aan het EHRM en het (niet-bindende) antwoord mee te laten wegen in de uitspraak. Dat antwoord zou dan overigens ook richtinggevend zijn voor andere klimaatzaken die spelen in andere landen die bij het EVRM zijn aangesloten. De Hoge Raad stelde die vraag echter niet en deed de zaak zelf af. Hoewel daarover discussie mogelijk is, was de Hoge Raad klaarblijkelijk van oordeel dat de jurisprudentie van het EHRM voldoende zekerheid bood. Een andere belangrijke reden om de bedoelde hulplijn niet in te schakelen was het verzoek van partijen om nog in 2019 arrest te wijzen.

Beschermingsbereik van de artikelen 2 en 8 EVRM

Dan naar de vraag of de Hoge Raad erin is geslaagd om zo goed mogelijk te motiveren dat de gevaren van klimaatverandering onder het beschermingsbereik van de artikelen 2 en 8 EVRM vallen. Opmerkelijk is dat in een aantal reacties op de uitspraak twijfel spreekt over de vraag of de Hoge Raad in die opzet is geslaagd. Zo lijken Backes & Van der Veen in hun noot in de *AB*¹⁰ te suggereren dat de Hoge Raad niet zozeer aan de artikelen 2 en 8 EVRM, maar aan een veelheid van internationale verdragen en afspraken ontleent dat ingrijpen geboden is en dat de Hoge

7 R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de grens tussen recht en politiek', *O&A* 2020/2.

8 Zie J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* (1) 2020, afl. 3,

p. 224 e.v. Zie ook specifiek: J.H. Gerards, 'Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest', blog Montaigne Centrum: <http://blog.montaignecentrum.com/index.php/2367/>.

9 HR 10 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:

AC1692, *NJ* 1990/628, m.nt. E.A. Alkema & E.A.A. Luijten.

10 Zie hun noot bij de uitspraak: *AB* 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen.

Raad op die manier – via de omweg van de artikelen 2 en 8 EVRM – politieke, niet bindende verklaringen tot bindende rechtsnormen promoveert.¹¹ Wij lezen de uitspraak net een slag anders. In r.o. 5.6.3 overweegt de Hoge Raad dat het EHRM weliswaar al uitspraken heeft gedaan over op de Staat rustende verplichtingen om een concrete, kenbare groep van de bevolking te beschermen tegen activiteiten die een reëel risico met zich brengen, maar nog geen uitspraken deed over verschijnselen – zoals klimaatverandering – waarvoor geldt dat wereldwijd plaatsvindende activiteiten een wereldwijd, nog behoorlijk abstract, risico vormen voor een onbepaalde groep mensen.¹² Dat leidt tot de vraag of het wereldwijde karakter van de uitstoot van broeikasgassen en de risico's daarvan betekent dat geen bescherming kan worden ontleend aan de artikelen 2 en 8 EVRM, zodat die bepalingen op dat punt geen verplichtingen op de Staat leggen. Anders gezegd: gelden de artikelen 2 en 8 EVRM wel voor klimaatverandering? Ter beantwoording van die vraag acht de Hoge Raad onder meer van belang dat uit het VN-Klimaatverdrag, waarbij Nederland partij is, blijkt dat ieder land het zijne moet doen om dat wereldwijde probleem aan te pakken. Dat brengt de Hoge Raad in overweging 5.8 tot de vaststelling dat de artikelen 2 en 8 EVRM de verdragstaten verplichten om tegen het gevaar van klimaatverandering ‘het hunne’ te doen. De conclusie die de Hoge Raad daaruit trekt is *niet* dat de Staat ervoor moet zorgen dat de uitstoot van broeikasgassen zodanig moet worden beperkt dat deze eind 2020 ten minste 25% ligt onder het niveau van 1990, maar ‘slechts’ dat de reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM verder strekt dan louter nationale en concrete dreigingen voor een kenbare groep. Gezien de vraag die hem in deze procedure werd voorgelegd, moest de Hoge Raad immers de reikwijdte van de artikelen 2 en 8 EVRM bepalen. Het ligt naar ons oordeel dan voor de hand bij de beantwoording van die vraag onder meer naar het naar het VN-Klimaatverdrag te kijken, omdat daarin relevante informatie is te vinden ter beantwoording van de vraag hoe groot (met name en vooral gezien de internationale consensus over de verantwoordelijkheid van staten voor de aanpak van het gevaar van klimaatverandering) het beschermingsbereik van de artikelen 2 en 8 EVRM is.

De rol van wetenschappelijke inzichten in de beoordeling

Een ander punt waarop Backes & Van der Veen de Hoge Raad een actievere opstelling toedichten dan ons inziens gerechtvaardigd is, betreft de betekenis van wetenschappelijke inzichten voor de invulling van de normen van de artikelen 2 en 8 EVRM. Backes en Van der Veen lijken te

stellen dat de wetenschap het laatste woord heeft bij de interpretatie van die beide bepalingen. Waar het naar ons oordeel om gaat, is dat – net als in veel andere situaties – de rechter wetenschappelijke kennis nodig heeft om te kunnen bepalen wat in rechte geldt. Dat is niet alleen in deze zaak over de klimaatcrisis het geval, maar ook in allerlei andere gevallen waarin de rechter voor de vaststelling en/of beoordeling van de feiten direct of indirect is aangewezen op wetenschappelijke inzichten. Wat dat betreft is er in deze zaak niets bijzonders aan de hand.¹³ De enige manier om te beslissen of het hof de vordering van Urgenda terecht had toegewezen, was door gebruikmaking van wetenschappelijk kennis over de klimaatverandering. Dat zullen Backes & Van der Veen naar wij aannemen ook wel beamen; het bijzondere ligt er wellicht in dat de uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek dat met veel onzekerheden gepaard gaat, de norm bepalen. Backes & Van der Veen overtuigen daarom zonder meer waar ze stellen dat de overtuigingskracht van de uitspraak van de Hoge Raad staat of valt met zijn oordeel dat uit de wetenschappelijke inzichten over de klimaatcrisis geen andere conclusie kan worden getrokken dan een reductie van 25% in 2020 ten opzichte van 1990 noodzakelijk is om bescherming te bieden tegen de reële dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering. Is er sprake van zekerheid? In zijn bijdrage aan het *NTB* laat Backes zien dat er kanttekeningen zijn te plaatsen bij sommige van de conclusies die de Hoge Raad op grond van die wetenschappelijke inzichten trekt.¹⁴ Maar als de wetenschap gevolgd wordt, dan kan, gelet op het eerdere oordeel over het beschermingsbereik van de mensenrechten, uit die feiten geen andere conclusie volgen dan dat het EVRM eist dat de overheid daarnaar handelt. Wat daar ook van zij, het wetenschappelijk onderzoek hield met onzekerheden rekening en bepaalde voor landen zoals Nederland als (absoluut) minimumreductiedoel voor 2020 de 25% ten opzichte van 1990.¹⁵

Geen wetgevingsbevel?

Sinds 1969 kan het uitvaardigen van wetgeving een onrechtmatige daad opleveren.¹⁶ Daarmee behoorde het vorderen bij de rechter van een gebod en/of verbod tegen de wetgever eveneens tot de mogelijkheden (art. 3:296 lid 1 BW). Het moge duidelijk zijn dat het in de Nederlandse democratische rechtsstaat op problemen kan stuiten als de rechter de wetgever een bevel zou geven. Pas in 2003 leek de Hoge Raad in het *Waterpakt*-arrest op dat punt volstreekte helderheid te scheppen. Hij overwoog namelijk dat de vraag of, wanneer en in welke vorm wetten in formele zin worden vastgesteld (en later

¹¹ Zie punt 2 van hun noot.

¹² A.E.M. Leijten, ‘De Urgenda-zaak als mensenrechtelijke proeftuin?’, *AV&S* 2019/10.

¹³ J.M. van den Berg, ‘Klimaatverandering: zullen we het eens hebben over de feiten?’, *TO* 2019, afl. 1, p. 13 e.v.

¹⁴ Ch.W. Backes, ‘Urgenda en de Klimaatwet: vuur-

torens voor een succesvol klimaatbeleid?’, *NTB* 2020/99, zie p. 229-230.

¹⁵ Dit betekent overigens dat de HR impliciet ook het EU-beleid voor het behalen Europese reductiedoelstellingen voor 2020 onrechtmatig acht en de vraag opkomt of daarover geen prejudiciële vragen hadden moeten worden gesteld. De EU-

aspecten krijgen in het arrest te weinig aandacht en datzelfde geldt voor deze noot, zie *AB* 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen (punt 5). ¹⁶ HR 24 januari 1969, ECLI:NL:HR:1969:AC4903, *NJ* 1969/316, m.nt. H. Drion.

ook decentrale regelgeving) – kort en goed – politieke besluitvorming betreft; de ‘verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming’.¹⁷ In die zaak achtte de Hoge Raad het niet mogelijk om de Nederlandse Staat te bevelen wetgeving uit te vaardigen om een Europese richtlijn te implementeren in de Nederlandse rechtsorde, ondanks dat de Nederlandse wetgever daartoe verplicht was; de keuze om te implementeren of het op een inbreukprocedure te laten aankomen, behoorde blijkbaar ook tot de politieke besluitvorming. Met het *Urgenda*-arrest geeft de Hoge Raad duidelijk een ander signaal af dan in het *Waterpakt*-arrest. Leek uit laatstgenoemd arrest te volgen dat elk rechterlijk bevel dat noopte tot wetgeving onmogelijk moest worden geacht, met het *Urgenda*-arrest is duidelijk geworden dat, met name vanwege de noodzaak om effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden, een bevel dat inhoudelijk geen specifieke maatregelen voorschrijft en niet letterlijk een bevel tot wetgeving inhoudt, wel door de trias politica-beugel kan. Dat verrast toch wel en is toch ook voor discussie vatbaar. Met name het hof, dat enerzijds benadrukte dat de Staat niet voldoende gemotiveerd had onderbouwd waarom het bevel enkel met het tot stand brengen van wetgeving kan worden uitgevoerd en anderzijds stelde dat *Urgenda*, door te wijzen op het Klimaatakkoord, had betoogd dat dat wel kon, hintte op de mogelijkheid om door middel van beleid, convenanten of akkoorden aan het bevel te voldoen. Maar is dat nu wel zo? Juristen zullen geneigd zijn te menen dat, indien de overheid het bevel enkel kan naleven door derden te bewegen de uitstoot van CO₂ te verminderen, het – inhoudelijk niet nader gespecificeerde – bevel alleen kan worden nageleefd door bindende wetgeving uit te vaardigen. Aan de andere kant: op een niet bindende wijze heeft de Staat allerlei mogelijkheden om de uitstoot wel degelijk terug te brengen. Wat daar ook van zij, de nieuwe jurisprudentielijn inzake verboden wetgevingsbevelen, namelijk een bevel tot wetgeving met een bepaalde inhoud, betekent dat de rechterlijke macht minder terughoudendheid hoeft te betrachten ten opzichte van die andere pijler van de trias, de wetgevende macht.

Nu minder doen, moet in de toekomst worden gecompenseerd?

In de overwegingen 7.4.3 tot en met 7.4.5 wordt overtuigend betoogd dat zo goed als zeker is dat de klimaatdoelstellingen niet kunnen worden bereikt als in de nabije toekomst pas op de plaats wordt gemaakt, om in de wat verder weg gelegen toekomst die relatieve inactiviteit te compenseren. Bij lezing van die passage uit de uitspraak van de Hoge Raad denk je als lezer immers voortdurend: wat onverstandig van de overheid om het probleem voor zich uit te schuiven. Er zal in de toekomst dan nog meer moeten worden gereduceerd. Maar betekent dat dat de overheid met een dergelijke keuze in strijd handelt met de artikelen 2 en 8 EVRM? Het antwoord kan evengoed ontkennend luiden en maakt duidelijk dat de Hoge Raad zich weinig heeft ingehouden bij de beoordeling. Misschien is ook om die reden het zinnetje in overweging 7.4.6, zoals Leijten opmerkt,¹⁸ cruciaal. Het doek valt daar voor de Staat, met name omdat hij niet kan motiveren waarom hij voor het schijnbaar onverstandige uitstel van handelen kiest (na zich eerst te hebben gecommitteerd aan de hogere doelstelling). Uit die overweging zou je *a contrario* kunnen afleiden dat als het de Staat wel was gelukt dat zijn uitstelgedrag overtuigend te motiveren, hij het voordeel van de twijfel van de Hoge Raad had gekregen.

Uitleiding

Ook al lijkt het onmogelijk overtuigender argumenten te verzinnen om tot het oordeel te komen dat de Staat heeft gehandeld in strijd met de artikelen 2 en 8 EVRM, toch blijft je als buitenstaander het gevoel houden dat deze uitkomst niet onontkoombaar was. Misschien is de verklaring voor het activisme van de drie rechterlijke instanties die een oordeel hebben gegeven over de vordering van *Urgenda* dat wie niet op afstand kan blijven staan, maar zich grondig in de materie verdiept, slechts tot één conclusie kan komen: direct ingrijpen met verstrekkende maatregelen is geboden. De sterkste ondersteuning van die stelling biedt de noot van Spier in de *NJ*.¹⁹ Diens argumenten ter ondersteuning van de beslissing van de Hoge Raad zijn niet primair gebaseerd op zijn formidabele kennis van de juridische context, maar des te meer op zijn inmiddels waarschijnlijk even formidabele kennis van de klimaatwetenschap. ■

17 HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, AB 2004/39, m.nt. Ch.W. Backes, r.o. 3.5. Zie daarna ook HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, O&A 2010/39. Overigens bleek het uitspreken van een verklaring voor recht,

namelijk dat de uitgevaardigde wetgeving onrechtmatig was, wel mogelijk (zie ook J. Uzman & G. Boogaard, ‘De Guldemond/Noordwijkerhout van het wetgevingsbevel? Over *Urgenda* en constitutioneel procesrecht’, O&A 2020/4).

18 A.E.M. Leijten, ‘*Urgenda*, het EVRM, en het recht op een rechtvaardiging voor overheidsbeleid’, O&A 2020/3.

19 *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier.