

Artikel

Klimaatverandering: zullen we het eens hebben over de feiten?

Mr. J.M. (Koos) van den Berg*

1 Inleiding

In de Nederlandse maatschappelijke en politieke discussie over klimaatverandering en de noodzaak van urgente emissiereducties zijn er drie vragen of tegenwerpingen die telkens weer terugkomen. Ik denk dat het goed is om over die drie punten de feiten eens op een rijtje te zetten.

2 De eerste vraag: hoe erg is een opwarming van twee graden?

De eerste vraag is wat er nou eigenlijk helemaal zo erg is aan 2 °C opwarming. Heerlijk toch? Ik noem kort belangrijke punten van zorg.

Als de gemiddelde temperatuur van de planeet met 2 °C stijgt, dan is dat een gemiddelde. Achter dat gemiddelde gaan zeer grote verschuivingen schuil.

Het weer wordt extremer, ook in Nederland, zoals de cijfers van het KNMI nu al duidelijk laten zien.¹ Lange periodes van droogte, afgewisseld met extreme hoosbuien bijvoorbeeld. De afgelopen zomer was zo droog dat op talloze plaatsen in Nederland – met name bij veengronden – de bodem zo sterk is gaan inklinken dat scheuren in huizen ontstonden en dijken verzwakten. Grote rivieren stonden zo laag dat het scheepvaartverkeer tot half december sterk werd beperkt. In omringende landen moesten elektriciteitscentrales worden stilgelegd omdat ze niet voldoende koelwater meer konden innemen. Akkerbouwers zagen hun oogst teruglopen. Elke Nederlandse akkerbouwer kan vertellen dat klimaatverandering nu al realiteit is.

Sinds ongeveer 1850 worden wereldwijd temperatuurmetingen geregistreerd. Van de achttien wereldwijd warmste jaren die ooit gemeten zijn, vielen er zeventien in deze eeuw, het andere jaar was 1998. De zes warmste jaren ooit gemeten liggen allemaal tussen 2010 en nu. De mondiale opwarming is momenteel iets meer dan 1 °C, maar lijkt dus te accelereren. Als we zien hoe de mondiale uitstoot zich momenteel feitelijk ontwikkelt, maar er desondanks tegen de trend in op vertrouwen dat iedereen zijn toezeggingen van het Akkoord van Parijs nakomt, dan nog koersen we af op 3,4 °C alleen al in deze eeuw – en loopt de opwarming ook na 2100 nog verder omhoog.

Nu lijkt 3,4 °C misschien weinig, maar voor enig perspectief: bij de vorige ijstijd, toen er een ijsskap lag over ons land en de planeet een heel ander aanzien had, was de planeet gemiddeld maar ergens tussen de 3 en 8 °C

* Mr. J.M. van den Berg is advocaat te Amsterdam en trad op namens Urgenda in de klimaat-rechtszaak tegen de Staat der Nederlanden. Op verzoek van de redactie van het *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* heeft de auteur de tekst van zijn toespraak, gehouden op 30 januari 2019, aangeboden voor publicatie. Op die dag ontving hij van burgemeester Onno Hoes van de gemeente Haarlemmermeer de Cruquius Penning 2019.

1. Zie het jaaroverzicht 2018 (geplaatst in breder perspectief) van het KNMI: <https://magazines.rijksoverheid.nl/knmi/knmi-jaaroverzicht/2018/01/2018-in-cijfers>. Voor een wereldwijd overzicht: www.ncdc.noaa.gov/sotc/global/201813.

kouder dan nu. Een paar graden mondiale temperatuurverandering is letterlijk een wereld van verschil en drie graden opwarming – in het huidige, ongekende tempo – heeft volgens de stand van de wetenschap desastreuze gevolgen voor de ecosystemen waarvan wij bestaan en voor de inrichting van onze samenlevingen.

Niet alleen de temperatuur, maar ook de zeespiegelstijging accelereert. Daarover maken wetenschappers zich inmiddels bijzonder grote zorgen. Het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) zal daarom aan het eind van dit jaar een speciaal rapport uitbrengen over de ijszones op de planeet. De ijskappen van Groenland en Antarctica blijken op een andere manier te smelten dan altijd werd gedacht: van onderaf en daarom veel sneller. Die ijskappen zijn daarom veel minder stabiel dan altijd werd gedacht. Dat geeft bovendien een plausibele verklaring voor iets wat we al langer weten uit paleontologische gegevens, maar niet goed konden verklaren. We weten dat de laatste keer dat de planeet ongeveer zo warm was als nu, ongeveer 6 miljoen jaar geleden, de zeespiegel 10-15 meter hoger was dan nu en zo'n grote stijging alleen mogelijk is als de ijskappen van Groenland en Antarctica deels verdwenen zijn. Maar zo'n groot effect konden we ons niet goed voorstellen. Nu beginnen we ons te realiseren dat onze huidige temperatuur dat proces dus inderdaad al in werking zette. De zorg van de klimaatwetenschap is of we niet ongemerkt al een kantelpunt van het klimaatsysteem gepasseerd zijn waarmee een onomkeerbaar, zichzelf versnellend en destabiliserend proces in gang is gezet, en zo ja, hoe snel kan het dan gaan?

Voor Nederland is de zeespiegelstijging buitengewoon relevant. In 2008 bracht de commissie-Veerman een rapport uit met daarin de aanname dat in het ergste geval de zeespiegelstijging wel eens 1,20 meter zou kunnen zijn in het jaar 2100. Dat werd toen weggehoond. Inmiddels wordt een zeespiegelstijging van 2 meter mogelijk geacht als we de doelen van het Akkoord van Parijs halen. Als we die niet halen, kan de stijging in het ergste geval wel 3 meter zijn in 2100; maar de zorgen zijn vooral gericht op wat er daarna volgens de Delta-commissaris wellicht nog meer in het vat zit.² De bewoonbaarheid van ons grondgebied kan wel eens problematisch worden, omdat een zeespiegelstijging van 12 meter in het jaar 2500 niet meer onmogelijk wordt geacht. Zo'n stijging is zelfs voor Nederland een onmogelijke opgave. Wat gaat het voor onze economie en ons land betekenen als voor bewoners, bedrijven of buitenlandse investeerders in vastgoed de komende dertig jaar duidelijk wordt dat ons grondgebied geen toekomst meer heeft? Het KNMI wacht het nieuwe IPCC Special Report van eind 2019 af en komt dan met nieuwe eigen rapporten voor de Nederlandse situatie.

2. Zie www.deltacommissaris.nl/deltaprogramma/vraag-en-antwoord/hoe-zit-het-met-de-zeespiegelstijging. Zie ook Deltaprogramma 2019, par. 2.1, kader 'Signaal zeespiegelstijging', <https://deltaprogramma2019.deltacommissaris.nl/2.html> en het onderliggende onderzoeksrapport, http://publications.deltares.nl/11202230_005.pdf.

3 De tweede vraag: wat doet onze Nederlandse uitstoot ertoe op het grote mondiale geheel?

De tweede tegenwerping die je vaak hoort in het Nederlandse klimaatdebat is wat onze Nederlandse uitstoot er nu eigenlijk toe doet op het grote mondiale geheel. Wat wij doen zou verwaarloosbaar zijn en nauwelijks impact hebben. Die omstandigheid moet dan kennelijk dienen als vrijbrief voor Nederland om vrijwel niets te hoeven doen. Dit is een argument dat de regering heel nadrukkelijk heeft gebruikt in de rechtszaak tegen Urgenda. Rechtbank en hof waren er niet gevoelig voor, want het recht is geen rekenmachine en de rechter is geen boekhouder.

Rekenkundig gezien heeft de regering natuurlijk gelijk. Landen als Canada, de Verenigde Staten, Rusland, Japan, China, India, Brazilië en Indonesië hebben allemaal een veel grotere uitstoot dan Nederland.

Maar er valt wel het nodige af te dingen op dit schermen met uitstootcijfers. Als ik naar de officiële database kijk, die internationaal gebruikt wordt om de uitstoot van landen bij te houden, kom ik tot heel andere inzichten. De meest recente versie van die database is bijgewerkt tot en met 2012 en bevat veel uitstootgegevens van 208 landen, van vrijwel alle landen dus.

Nederland staat volgens die gegevens op de 34ste plaats van de landen met de hoogste uitstoot. Er zijn maar 33 landen die méér uitstoten.

Met andere woorden: 174 landen hadden een uitstoot die nóg onbeduidender is dan de Nederlandse uitstoot. Zo héél erg onbeduidend is die Nederlandse uitstoot dus helemaal niet. Er zijn 174 landen die nóg meer reden hebben dan wijzelf om te roepen dat eerst de anderen maar eens wat moeten doen.

Bovendien: dat China met 1,7 miljard inwoners of India met 1,3 miljard inwoners een veel grotere nationale uitstoot heeft dan Nederland met 17 miljoen inwoners, is evident, net zoals het evident is dat je ongelijke gevallen niet met elkaar mag vergelijken.

Kijk ik naar de uitstoot per hoofd van de bevolking, per inwoner, dan levert dat het volgende beeld op. Van de 33 landen die een grotere totale nationale uitstoot hebben dan Nederland zijn er maar negen die óók een hogere uitstoot per inwoner hebben. En bij die negen zit geen enkel EU-land, maar landen als de Verenigde Arabische Emiraten, Saoedi-Arabië en de Verenigde Staten. In India bijvoorbeeld was de uitstoot per inwoner 2,5 ton, in China 8,8 ton, in de EU28 was dat 9,05 ton ... en in Nederland 12,31 ton. De gemiddelde wereldburger had een uitstoot van 6,52 ton.

De gemiddelde Nederlander stoot dus ongeveer vijf keer zoveel uit als de gemiddelde Indiër, twee keer zoveel als de gemiddelde wereldburger, en bijna anderhalf keer

zoveel als de gemiddelde Chinese burger en de EU28-burger. En Brazilië, Indonesië en Japan dan? Die hadden een respectieve uitstoot van 5,59 ton, 3,31 ton en 10,66 ton per inwoner. Allemaal aanzienlijk minder dan Nederland.

Nederland heeft dus een zeer hoge uitstoot per inwoner, en dat betekent dat Nederland relatief gezien een van de grootste veroorzakers van het klimaatprobleem is. Wij behoren tot de grootste boosdoeners, de grootste klimaatshadeveroorzakers.

Nederland zou dus, bij welke invulling van het begrip ‘rechtvaardig’ dan ook, als een van de eerste zijn emissies moeten verminderen. Daar kom je dan toch niet onderuit door te roepen dat wij ‘maar’ met 17 miljoen zijn, zodat onze uitstoot niks uitmaakt op het grote geheel en wij lekker kunnen doorpaffen?

En hoe kunnen wij met goed fatsoen en met enige kans op succes van China, het land met de grootste nationale uitstoot, vragen om de Chinese uitstoot te verminderen omdat wij anders natte voeten krijgen, als ondertussen de gemiddelde Nederlander 1,5 keer zoveel uitstoot als de gemiddelde Chinees en wij geen enkele aanstalten maken om daar iets aan te doen? Als je internationale afspraken over emissiereducties wilt maken, dan zul je een rechtvaardig voorstel moeten doen. Landen sluiten geen verdragen met je die ze onrechtvaardig vinden.

4 De derde vraag: zijn de noodzakelijke emissiereducties te duur?

Het derde bezwaar dat je steeds vaker in het Nederlandse klimaatdebat hoort, is dat emissiereducties zo duur zijn en dat er ‘draconische’ maatregelen nodig zijn om bijvoorbeeld die 25% te halen uit het Urgenda-vonnis. Klopt dat, of is het stemmingmakerij?

Het Planbureau voor de Leefomgeving (PBL) heeft in 2018 uitgerekend³ dat als je niet schoksgewijs, maar zo vroeg mogelijk en geleidelijk aan – want dat is het goedkoopste –, vanaf 2015 (datum Urgenda-vonnis) toewerkt naar een emissiereductie van 49% in 2030 (doel van het regeerakkoord), je in 2020 al een reductie van ongeveer 26% moet halen, en dat dit hele traject naar 2030 dan ongeveer tussen de € 2,1 miljard en € 3,3 miljard per jaar kost.

3. Zie het PBL-nieuwsbericht d.d. 25 april 2018: www.pbl.nl/nieuws/nieuwsberichten/2018/kosten-energietransitie-tussen-2-en-ruim-3-miljard-euro-per-jaar-in-2030. Zie het bijbehorend rapport: www.pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/pbl-2018-kosten-energie-en-klimaattransitie-in-2030-update-2018_3241.pdf. Op 13 maart 2019 heeft het PBL inmiddels een nieuwe analyse (‘Effecten ontwerp Klimaat-akkoord’) het licht doen zien, waarin de jaarlijkse meerkosten voor een reductie van 49% in 2030 nog weer lager worden geraamd, namelijk tussen de € 1,6 miljard en € 1,9 miljard.

Op de rijksbegroting van 2018 zou klimaatbeleid dan een post zijn die ongeveer 0,8% uitmaakt van de totale begroting. Niet bijzonder veel.

Voor nog wat meer perspectief: een adequaat klimaatbeleid tot 2030 kost dus ongeveer € 35 miljard *in totaal*, terwijl de verwachting is dat in 2030 de zorgkosten met € 35 miljard *per jaar* zijn toegenomen (nu: € 100 miljard per jaar).

Afgezet tegen het binnenlands nationaal product (BNP), dat in 2014 ongeveer € 700 miljard was, zijn de (jaarlijkse) kosten van adequaat klimaatbeleid 0,3% van het BNP. We leveren bij het geschetste klimaatbeleid dus misschien 0,3% aan jaarlijkse economische groei in, maar in de economische modellen wordt gerekend met over de lange termijn een gemiddelde jaarlijkse economische groei van 2% of meer. Dus zelfs als we een adequaat klimaatbeleid voeren, blijft onze nationale welvaart groeien. Hoezo klimaatbeleid te duur of draconisch?

De NRC publiceerde in de krant van 25 januari 2019 een staattie: twaalf EU-landen halen in 2020 allemaal een reductie van 25% of zelfs aanzienlijk meer: Zweden, Duitsland, Denemarken, Hongarije, Tsjechië, het Verenigd Koninkrijk, Bulgarije, Slowakije, Estland, Roemenië, Letland en Litouwen. Voor zover mij bekend heeft ze dat niet de kop gekost.

De landen Polen, Frankrijk, Italië, Finland, België, Luxemburg, Kroatië en de EU28 als geheel halen weliswaar niet die 25%, maar allemaal wel een grotere emissiereductie dan Nederland. Allemaal niet failliet gegaan. Nederland bungelt dus onderaan, terwijl Nederland vanwege de hoge uitstoot per hoofd van de bevolking en de grote koopkracht eigenlijk het hardst aan de bak zou moeten. Die voortrekkersrol hebben we ook geaccepteerd en op ons genomen door in 1992 partij te worden bij het VN Klimaatverdrag en opnieuw in 2015 bij het Akkoord van Parijs, want daarin is die voortrekkersrol voor landen als Nederland vastgelegd. We doen het alleen niet.

Het kan dus allemaal wel als je maar wilt, je hoeft daarvoor geen draconische maatregelen te nemen, en financieel en economisch is het goed te doen. Het is in Nederland gewoon politieke onwil om een adequaat klimaatbeleid te voeren. Het politieke debat daarover wordt in Nederland niet eerlijk gevoerd.

5 De taak van de rechter

Daarom is Urgenda naar de rechter gestapt. Want in onze rechtszalen zitten rechters die van onze Grondwet (Gw) de opdracht hebben gekregen om onafhankelijk, zonder aanzien des persoons, te kijken naar de werkelijke feiten en te luisteren naar alle rationele argumenten, en uitsluitend op basis daarvan hun oordeel te geven. De Gw verplicht de rechter met name om zijn objectieve en onafhankelijke oordeel te geven over de vraag welke gevolgen de rechtsregels – die we met elkaar hebben

afgesproken – verbinden aan de feiten die aan hem zijn voorgelegd, en om te zeggen wat er volgens die rechtsregels moet gebeuren.

U kent de (voorlopige) afloop: zowel bij de Rechtbank Den Haag als het Gerechtshof Den Haag kreeg Urgenda gelijk, dat de Staat eind 2020 minstens een reductie van 25% moet hebben gerealiseerd.

In politieke kringen en sommige media wordt er schande gesproken van de uitspraken. ‘De rechter is op de stoel van de democratisch gekozen regering gaan zitten, hij is politiek gaan bedrijven.’ Het zou ongehoord en zonder enig precedent zijn zoals de rechter hier heeft ingegrepen in de politieke besluitvorming.

Dat de beide uitspraken zonder enig precedent zijn, is natuurlijk geen *juridisch* argument. Dat zegt dus niet zoveel. Klimaatverandering is in ernst en omvang bovendien een probleem zonder enig precedent. Je mag de ingrijpendheid van de remedie niet los zien van de ingrijpendheid van de kwaal, zou ik denken. Het is nooit een goed idee om zaken uit hun context te trekken.

En verder is het niet waar dat de rechter nooit diep zou mogen ingrijpen in de politieke besluitvorming. Wie dat zegt, realiseert zich onvoldoende wat de rol van de rechter is in ons staatsbestel. Een dergelijke ingreep is ook wel vaker gebeurd. Daar wil ik het vooral met u over hebben. Ik hoop daarmee te bereiken dat u beter begrijpt hoe de Urgenda-uitspraken in elkaar zitten, en vooral hoe ze *naadloos* passen in ons rechtssysteem.

16

6 Drie belangrijke arresten van de Hoge Raad over aansprakelijkheid

Het begin van de vorige eeuw was voor Nederland een tijd van zeer grote veranderingen, met name als gevolg van de industrialisatie, die hier vrij laat was begonnen. Er ontstonden nieuwe problemen, waar het destijds bestaande aansprakelijkheidsrecht niet goed op aansloot. Aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht was dringend nodig, maar was politiek zeer omstreken. Er was sprake van een patstelling, van een politiek inerte, verlamde overheid die niet de maatschappelijke problemen opakte die zich steeds nadrukkelijker manifesteerden.

In een tijdsbestek van vijf jaar, tussen 1914 en 1919, heeft de Hoge Raad toen drie arresten gewezen die het destijds bestaande aansprakelijkheidsrecht fundamenteel hebben veranderd en waar we nu nog steeds op voortbouwen. Daar kwam geen wetwijziging door de wetgever aan te pas, sterker nog: de wetgever zat stil en dat had er in twee van de drie zaken mee te maken dat het onderwerp politiek zeer gevoelig en omstreken was. Het waren wat je noemt ‘*politieke zaken*’ waar de Hoge Raad zich mee bemoeide, net zoals je nu hoort zeggen dat het klimaatbeleid van de regering een politieke zaak is. Dat

maakt deze drie uitspraken actueel en relevant voor de Urgenda-zaak. Ik neem ze met u door.

6.1 Het arrest Kieft/Otjes (1914)

Omdat art. 1275 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (oud) bepaalde dat alle niet-nagekomen verplichtingen zich oplosten in een verplichting tot schadevergoeding, werd aangenomen dat de rechter alleen kon veroordelen tot schadevergoeding en dus niet tot nakoming kon bevelen, of een verbod kon opleggen. In 1914, in het arrest Kieft/Otjes q.q. (HR 13 november 1914, NJ 1915/98), besliste de Hoge Raad echter dat als iemand onrechtmatig had gehandeld, de rechter bij wijze van sanctie niet alleen schadevergoeding kon opleggen, maar ook een verbod voor toekomstige verdere schendingen, en dat art. 1275 BW daarvoor geen beletsel was. In dit arrest werd dus de eerste steen gelegd voor *preventieve* rechtsbescherming. In 1944 (in zijn arrest Alkmaar/Noordholland, NJ 1944-1945/598) bouwde de Hoge Raad dit verder uit: dreigend onrecht was op zichzelf al voldoende om van de rechter een verbod of bevel te kunnen krijgen.⁴ En zo veranderde de rechter eigenmachtig het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht. Dat was niet langer ‘schadevergoeding wegens aangedaan onrecht’, maar veel breder: ‘algehele bescherming tegen onrecht, dus ook preventieve bescherming tegen dreigend onrecht’. Dat de rechter ter preventieve bescherming van de rechten en veiligheid van burgers een reductiebevel kan geven aan de regering om een minder gevaarlijk klimaatbeleid te voeren, gaat dus terug op dit arrest uit 1914. Pas in 1992 heeft de wetgever deze mogelijkheid ook uitdrukkelijk in de wet opgenomen (namelijk in art. 3:296 BW).

6.2 Het arrest Noordwijkerhout/Guldemond (1915)

In 1915 wees de Hoge Raad het arrest Noordwijkerhout/Guldemond (HR 31 december 1915, NJ 1916, p. 407). In dat arrest gaat het rechtstreeks en op het scherp van de snede over de verhouding tussen rechter en politiek. Tot 1871 toetste de rechter overheidshandelen niet anders of terughoudender dan het handelen van burgers.⁵ De politiek had het daar soms moeilijk mee. Vanaf 1871 begon de Hoge Raad een nieuwe leer te volgen, namelijk dat het bestuur in het geheel niet aansprakelijk was als het bestuurlijke taken vervulde. Want het bestuur werd al gecontroleerd door het democratisch gekozen parlement, en dan moest de rechter zich er niet meer mee bemoeien. De trias politica kreeg als het ware waterdichte schotten: als de politiek zich met een onderwerp bezighoudt, moet de rechter zich er niet mee

4. Deze alinea ontleent veel aan C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978, met name aan par. 1, 10, 11, 14, 18 t/m 23 en 31.

5. Deze alinea en de volgende ontlene veel aan de beide bijdragen van M. Schreuder-Vlasblom (*Onder de hoede van de rechterlijke macht*) en I.M. Koenraad (*Van Amsterdam via Rheden naar Noordwijkerhout*) in de bundel *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, en aan M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 329.

bemoeien. Die opvatting hoor je nu ook weer over de Urgenda-zaak.

Wellicht ging de Hoge Raad zich destijds terughoudend opstellen omdat er een wetsvoorstel lag om een gespecialiseerde bestuursrechter in het leven te roepen, waardoor de burgerlijke rechter nooit meer zou gaan oordelen over de rechtmatigheid van de handelwijze van het bestuur. Dat wetsvoorstel stagneerde echter omdat het politiek zeer omstreden was; veel politici vonden dat er náást de controle door het parlement überhaupt geen plek meer was voor controle door een rechter. Het wetsvoorstel bleef doodstil liggen. In 1915 heeft de Hoge Raad er kennelijk genoeg van en wijst hij het arrest Noordwijkerhout/Guldemonde. Daarin legt hij art. 165 Gw en het daarop voortbouwende art. 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie in stellige en zeer principiële overwegingen aldus uit, dat de rechter bevoegd is om ook over typisch overheidshandelen te oordelen, zolang de burger zich maar beroept op aantasting van een burgerlijk recht.

Drie aspecten van deze uitspraak wil ik uitlichten. In de eerste plaats, dat de Hoge Raad er niet voor terugdeinsde om een beslissing te nemen in wat wij nu een ‘*politieke zaak*’ zouden noemen, een politiek zeer omstreden kwestie. In de tweede plaats, dat de Hoge Raad eigenmachtig besliste dat het terrein van de politiek *ook* het terrein van de rechter is. Niks geen primaat van de politiek dus. Daar spreekt een grote mate van constitutionele zelfbewustheid en autonomie uit: de rechter ziet het niet als zijn grondwettelijke rol om voorrang te geven aan de beslissingen van het bestuur, maar om het recht toe te passen, ook als het bestuur de aangeklaagde partij is. Het derde punt is dat, net als in het arrest Kieft/Otjes, de noodzaak om burgers een adequate vorm van rechtsbescherming te geven de motor achter de uitspraak is geweest.

6.3 Het arrest Lindenbaum/Cohen (1919)

De derde uitspraak is natuurlijk Lindenbaum/Cohen uit 1919 (HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161). Het arrest is bij elke jurist bekend, maar dat geldt misschien niet voor de maatschappelijke context. Het was de tijd van het liberalisme. De overheersende politieke ideologie was dat als iedereen zo veel mogelijk vrij is om zijn eigenbelang na te jagen, dit zal leiden tot het grootste nut voor de samenleving als geheel. De ‘*invisible hand*’ van Adam Smith, het utilitarisme van Jeremy Bentham en John Stuart Mill. De overheid mocht daarom alleen de hoogstnoodzakelijke regels stellen en alleen de door de wetgever op schrift gestelde rechtsregels werden aanvaard als rechtsregels. In beginsel was alles toegestaan en ‘onrechtmatig’ was alleen datgene wat uitdrukkelijk bij wet was verboden, en zelfs als het bij wet was verboden, bestond er alleen aansprakelijkheid als tevens sprake was van morele verwijtbaarheid.

Dit zeer beperkte aansprakelijkheidsregime leidde zowel in Nederland als in het buitenland tot extreem oneerlijke concurrentie. Daarnaast bleek dat door de mechanisering en industrialisatie zich steeds meer en steeds ern-

stiger schadegevallen voordeden, zonder dat een duidelijk moreel verwijtbare gedraging kon worden aangewezen. Het mocht dus allemaal en niemand was aansprakelijk. Het leidde tot situaties die algemeen werden gezien als maatschappelijke misstanden.

Velen wensten daarom een verruiming van het aansprakelijkheidsrecht, maar dat stuitte op politiek verzet.⁶ Ruime aansprakelijkheid zou volgens de heersende liberale ideologie remmend werken op economische initiatieven, de Nederlandse concurrentiepositie in gevaar brengen, en tot een ‘gesel van het maatschappelijk verkeer’ leiden. Ruime vrijheid en beperkte aansprakelijkheid daarentegen zouden goed zijn voor de economische groei.

De ideologische tegenstellingen in de politiek leidden tot een verlamming van de wetgever.⁷

In deze sterk politiek-ideologisch geladen maatschappelijke context wees de Hoge Raad Lindenbaum/Cohen. Hij besliste dat het woord ‘onrechtmatig handelen’ uit art. 1401 BW een ruimere betekenis heeft dan alleen maar ‘handelen in strijd met een door de wetgever opgeschreven wet’. Ter verduidelijking wat dan wél onder ‘onrechtmatig’ moet worden verstaan, introduceerde de Hoge Raad vervolgens de aansprakelijkheidsnorm van de maatschappelijke zorgvuldigheid. De Hoge Raad zei dat er naast de *geschreven* rechtsregels van de wetgever, ook nog *ongeschreven* rechtsregels zijn: de *ongeschreven* rechtsregels van de zorgvuldigheid die wij in het maatschappelijk verkeer minimaal van elkaar mogen eisen.

De Hoge Raad zei in feite dat alleen maar de wet van de wetgever naleven niet goed genoeg is. Je moet *te allen tijde* ook een béétje fatsoenlijk met de belangen van een ander omgaan, ook in situaties waarover de wetgever zwijgt: want *de rechter* eist dat. De Hoge Raad plaatste zichzelf daarmee *naast* de wetgever als vormgever van de rechtsorde. Lindenbaum/Cohen is daardoor ook van grote betekenis voor de rolverdeling tussen rechter en politiek bij de inrichting van onze rechtsorde en onze samenleving.

Deze uitbreiding van de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht was, als gezegd, destijds in de politiek uiterst controversieel. Net zoals in Nederland momenteel ook de aanpak van, ik noem maar wat, klimaatverandering politiek uiterst controversieel is. Opvallend vind ik dat de tegenwerpingen van honderd jaar geleden (concurrentiepositie, vrije baan voor economische activiteiten en marktwerking, doorgesloten juridisering) ook nu weer in stelling worden gebracht.

In de politiek van destijds mocht uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht dan wel controversieel zijn geweest, maar dat neemt niet weg dat Lindenbaum/Cohen een uitspraak was waar velen in de samenleving

6. De schets van de maatschappelijke context en politieke inertie (in deze en de vorige alinea) ontleent veel aan C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 114-115.

7. Van Nispen 1978, par. 24.

naar hadden uitgezien, een uitspraak die de voorpagina's haalde en door velen met gejuich werd ontvangen.

Wiarda, een rechter die zowel in de Hoge Raad heeft gezeten als in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, vertelde bijvoorbeeld later hoe zijn vader bij de tram stond te wachten, toen iemand hollend en opgewonden zwaaiend met een krant op hem af kwam lopen: 'Mijnheer Wiarda, heeft U de krant al gelezen, het arrest van de Hoge Raad over de onrechtmatige daad ...'⁸

Het onderwerp leefde sterk, want het ging over een groot maatschappelijk probleem. Net zoals in Nederland met spanning werd gewacht op de uitspraak in de Urgenda-zaak, die ook alle Nederlandse kranten heeft gehaald, en daarna de hele wereld is over gegaan; omdat steeds duidelijker wordt dat klimaatverandering een groot maatschappelijk probleem is, en dat de politiek door ideologische meningsverschillen en kortetermijnbelangen inert is en het probleem niet aanpakt, waardoor het probleem steeds groter, gevaarlijker en moeilijker oplosbaar wordt.

De beroemde jurist Molengraaff, die in zijn noot onder het arrest onderkent dat de uitspraak niet alleen gaat over de vraag hoe je het begrip 'onrechtmatig' moet uitleggen, maar indirect óók over de rol die de rechter hiermee is gaan innemen als medevormgever van de Nederlandse rechtsorde, náást en niet onder de wetgever, eindigt die noot met: 'Er is door ons hoogste rechtscollege zelden een arrest geweest, waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht.' Die verwachting is dik uitgekomen.

Zelf ben ik ervan overtuigd dat de Nederlandse samenleving door Lindenbaum/Cohen rechtvaardiger en socialer geworden is. Want wat de Hoge Raad in dat arrest in wezen heeft gezegd, is: maatschappelijk onfatsoen is onrecht. En daartegen kun je bij de rechter bescherming krijgen. Ook als er geen wet is of andere geschreven rechtsregel waarop je je kunt beroepen. Of zoals Pitlo midden vorige eeuw schreef: 'In Lindenbaum/Cohen heeft de Hoge Raad de moraal onderdeel gemaakt van ons rechtsstelsel.'⁹

7 Terug naar het klimaatprobleem

Ik heb nu iets verteld over de gevaren van klimaatverandering, iets over het grote aandeel dat Nederland heeft in de klimaatproblematiek, en daarna iets over de rol van de Nederlandse rechter als het gaat om het verlenen van preventieve rechtsbescherming, om het verlenen van rechtsbescherming tegen de overheid, en om het verlenen van rechtsbescherming op basis van de

ongeschreven rechtsregels van wat maatschappelijk behoort. Nu weer terug naar het klimaatprobleem.

In 2010 zijn vrijwel alle landen ter wereld in het kader van het VN Klimaatverdrag overeengekomen dat de ontwikkelde landen hun emissies in 2020 ten opzichte van 1990 verminderd zouden moeten hebben met een percentage ergens tussen de 25 en 40% en vervolgens in 2050 met ergens tussen de 80 en 95%. Dit is de zogeheten Cancun Agreement. Die Cancun Agreement heeft niet de vorm gekregen van een verdrag, en is, internationaalrechtelijk gezien, dus niet juridisch bindend. Het is niettemin wel de norm geworden die wereldwijd wordt gezien en gebruikt als standaard voor het klimaatbeleid dat verlangd mag worden van de ontwikkelde landen. Deze norm is jaar na jaar op de jaarlijkse klimaatop herhaald en bevestigd. Ook de EU en de individuele lidstaten en zeker ook Nederland hebben die norm van meet af aan geaccepteerd¹⁰ en overgenomen als standaard waaraan hun klimaatbeleid zou moeten voldoen. De regering heeft dat ook in 2012 nog uitdrukkelijk schriftelijk aan Urgenda bevestigd.

Hoewel die norm van 25-40% wereldwijd is overeengekomen en gehanteerd wordt, is zij dus niet overeengekomen en vastgelegd in de vorm van een *geschreven* rechtsregel die onderdeel is van de Nederlandse rechtsorde, bijvoorbeeld in een Nederlandse wet of in een rechtstreeks werkende verdragsbepaling.

De regering betoogde in de rechtszaak dan ook dat zij niet verplicht was die norm na te leven. Ze zei daarmee in wezen dat als een norm niet is vastgelegd in een *geschreven* rechtsregel, het geen *rechtsregel* is en de regering er dus niet aan gebonden is.

Maar we zagen daarnet dat de Hoge Raad in Lindenbaum/Cohen besliste dat er ook *ongeschreven* rechtsregels van maatschappelijke zorgvuldigheid zijn.

8 Standpunt van Urgenda

En dit is het punt dat Urgenda maakte: als Nederlanders op grond van de ongeschreven rechtsregels van maatschappelijke zorgvuldigheid er recht op hebben dat de Nederlandse regering niet een onverantwoord, onbehoorlijk klimaatbeleid voert met onaanvaardbare risico's voor de inwoners van Nederland, dan is die alom geaccepteerde norm van 25-40% een goed aanknopingspunt voor de vraag wat nog wel een aanvaardbaar Nederlands klimaatbeleid is en wat niet meer. De alom geaccepteerde 25-40% norm reflecteert en concretiseert volgens Urgenda wat in dit specifieke geval de *ongeschreven* rechtsregels van maatschappelijke zorgvuldigheid van de Nederlandse regering eisen als het gaat om een verantwoord, acceptabel Nederlands klimaatbeleid.

8. Ontleend aan: G.E. van Maanen, Lindenbaum/Cohen, AA 2009, afl. 7, p. 79.

9. A. Pitlo, Het systeem van het Nederlandse privaatrecht (vierde druk), Haarlem: Tjeenk Willink 1968, p. 363.

10. Toenmalig premier Balkenende schreef bij brief d.d. 12 oktober 2009 aan de Tweede Kamer dat om een geloofwaardig klimaatbeleid te voeren, Nederland in 2020 minstens een reductie van 30% moest realiseren. Zie ook r.o. 19 in het Urgenda-arrest van het hof.

9 Het verweer van de regering

De regering kon in de rechtszaak vervolgens niet goed uitleggen waarom die norm die zij op zichzelf onderschrijft, niet zou gelden voor het Nederlands klimaatbeleid. Zij kon ook geen zwaarwegende belangen aanvoeren als rechtvaardiging om die norm te mogen negeren. Ze gaf toe dat de norm wel haalbaar is voor Nederland. Dat de wereld niet op koers ligt om een gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen en snelle en grote emissiereducties urgenter noodzakelijk zijn dan ooit, dat de grondrechten op leven en op een veilige leefomgeving (art. 2 en 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) inmiddels in het geding zijn door die gevaren, en dat het Nederlandse emissiebeleid bovenmatig veel bijdraagt aan het creëren van die gevaren, kon de regering allemaal niet afdoende weerleggen.

Welk verweer had de regering dan wel? De regering zei vooral dat de rechter zich niet met het klimaatbeleid mag bemoeien. Volgens de regering is het klimaatbeleid niet een zaak voor de rechter maar voor de politiek, omdat er heel veel moeilijke afwegingen gemaakt moeten worden en de regering dus veel beleidsvrijheid moet hebben, en dat de regering al gecontroleerd wordt door het democratisch gekozen parlement.

10 Het oordeel van de rechtbank en het hof

Dat verweer vonden rechtbank en hof dus niet goed genoeg.

De regering moet alle beleidsvrijheid krijgen, zegt de rechtbank, om zelf te beslissen hóe en met welke middelen zij de Nederlandse uitstoot gaat terugbrengen, maar dát de uitstootvermindering minstens 25% moet zijn, is daarbij een ondergrens waaraan dat emissiebeleid in beginsel moet voldoen. De overheid heeft namelijk wel een grote beleidsvrijheid, maar niet de onbeperkte beleidsvrijheid om onaanvaardbare gevaren te creëren voor lijf, goed, leven en gezondheid van haar burgers zonder daar concrete, goede redenen voor te kunnen geven. En het hof heeft daar nu aan toegevoegd dat als de regering deze verantwoordelijkheid voor een minimaal aanvaardbaar klimaatbeleid niet neemt, zij bijdraagt aan schending van mensenrechten die gewaarborgd zijn in het EVRM, en dat de Nederlandse rechter dan zelfs verplicht is om in te grijpen, trias politica of niet. Die mensenrechten zijn namelijk de hoogste geschreven rechtsregels die ons rechtssysteem kent en moeten dus altijd voorrang krijgen.

11 Winst op basis van de feiten

Zoals ik het zie, hebben we de Urgenda-zaak gewonnen op basis van de feiten. Die feiten zijn: Nederland blijkt met zijn emissies relatief een van de grootste veroorzakers van klimaatverandering te zijn. De gevaren van klimaatverandering zijn ook voor bewoners van het Nederlands grondgebied zo groot, dat niets doen tegen die gevaren geen optie is, en te weinig doen ook niet. En hoewel klimaatverandering een mondiaal probleem is, heeft elk land daarin een eigen deelverantwoordelijkheid. Er bestaat algemene, wereldwijde politieke overeenstemming dat 25% emissiereductie in 2020 toch eigenlijk wel het absolute minimum is dat een land als Nederland zou moeten doen. Anders dan vrijwel alle andere EU-landen doet Nederland echter veel minder dan dat, terwijl die norm voor Nederland wel haalbaar is, en kan de Nederlandse regering geen enkele goede, concrete reden aanvoeren voor dat verzaken. Gegeven die feiten is in redelijkheid dan toch maar één maatschappelijk aanvaardbare uitkomst mogelijk, namelijk een reductiebevel van minimaal 25% in 2020?

12 Uitspraken: (niets) nieuws onder de zon?

Als je puur kijkt naar de juridische techniek van het Urgenda-vonnissen en -arrest, is er volgens sommige commentatoren inderdaad eigenlijk ‘niet veel nieuws onder de zon’.¹¹ Ik denk dat dat klopt. Vonnissen en arrest zijn weliswaar ‘state of the art’, in die zin dat de beide rechterlijke collegies met indrukwekkend inzicht en intellectuele greep op de materie te werk zijn gegaan – en daar terecht nationaal en internationaal om bewonderd worden –, maar op zichzelf zijn de techniek en opbouw van hun beslissingen beproefd en zeker niet nieuw.

De rechters hebben dus geen rare dingen gedaan om op deze beslissing uit te komen. Zoals ik het zie, is dit reductiebevel de uitkomst die uit ons rechtssysteem komt rollen, als de feiten in al hun complexiteit duidelijk zijn geworden en we daar de beproefde technieken en de bestaande regels, principes en normen en waarden van ons rechtssysteem op toepassen.

Bijzonder is wel dat toepassing van die beproefde technieken in dit geval leidt naar een bijzonder ingrijpende beslissing tegen de overheid in een kwestie die bovendien politiek zeer omstreden is. En natuurlijk realiserden de rechters zich van tevoren dat er daarom veel ophef en luide kritiek op hen af zou komen. Maar rechtbank en hof hebben hun rug recht gehouden – ook daarvoor worden ze internationaal bewonderd – en zijn rolvast gebleven; zij hebben gedaan wat de Gw hun opdraagt te doen, namelijk onpartijdig en onafhankelijk

11. Aldus bijv. M. Loth, Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meergelaagde rechtsorde, AA 2018, p. 335-342: ‘beproefde techniek, niet zoveel nieuws’.

het recht toepassen. Zoals de Nederlandse rechter ook rolvast was bij het stakingsrecht, bij abortus en bij euthanasie, eveneens politiek zeer omstreden maatschappelijke kwesties waarin de wetgever verlamd was, maar er wel iets moest gebeuren en de rechter de weg heeft gewezen.

Is de uitkomst spectaculair? Ik vind die vraag eigenlijk niet zo relevant.

Een veel betere vraag is: voorziet deze uitspraak in een maatschappelijke behoefte? Is dit maatschappelijk gezien een aanvaardbare of misschien zelfs wenselijke of dringend noodzakelijke uitkomst? Ook daar leg ik een link tussen Urgenda en Lindenbaum/Cohen. Politiek fel omstreden, maar in de samenleving met groot gejuich en instemming ontvangen. Maatschappelijk gezien de enig juiste beslissing.

Want als ik kijk naar de kritiek op het vonnis, dan gaat die kritiek nooit over de uitkomst. Zelfs de grootste critici beginnen met te zeggen dat ook zij vinden dat de Nederlandse regering meer moet doen tegen klimaatverandering. Maar ze vinden dat de rechter dat niet had mogen zeggen. Want het is een zaak voor de politiek. De rechter heeft groot gelijk, maar hij mag het alleen niet zeggen.

Maar waarom niet, dan? Als de rechter gelijk heeft dat het klimaatbeleid van de regering onaanvaardbaar is omdat het bovenmatig veel bijdraagt aan het creëren van klimaatgevaaren, die de veiligheid bedreigen van inwoners van grote delen van Nederland, waarom zou de rechter dan niet mogen zeggen dat het beleid onaanvaardbaar gevaarlijk is, niet mogen ingrijpen en geen rechtsbescherming mogen bieden? Heeft onze regering dan het *recht* om een onaanvaardbaar gevaarlijk klimaatbeleid te voeren?

Zolang ik op die vragen geen overtuigend antwoord krijg, ben ik niet erg onder de indruk van de kritiek op het vonnis en arrest. En het feit dat bijvoorbeeld rechters in de Verenigde Staten, Nieuw-Zeeland en Australië het vonnis en arrest al geciteerd hebben, de redeneringen hebben overgenomen en, soms aarzelend, soms minder aarzelend, dezelfde richting zijn ingeslagen, zegt mij ook wel iets.

13 Arrest Hoge Raad honderd jaar na Lindenbaum/Cohen

Enfin, de regering is in cassatie gegaan en de Hoge Raad moet er nu iets van gaan vinden. De regering heeft haast en wil nog in 2019 een uitspraak van de Hoge Raad.

Het toeval wil dat in het jaar 2019 het precies honderd jaar geleden is dat de Hoge Raad zijn uitspraak in Lindenbaum/Cohen deed, zijn belangrijkste uitspraak ooit. Zou het niet mooi en passend zijn om dat eeuwfeest te vieren met in 2019 opnieuw een baanbrekende uitspraak van de Hoge Raad, die eveneens voorziet in een grote

maatschappelijke behoefte omdat de politiek inert en verlamd is door ideologische tegenstellingen, een uitspraak waarvan opnieuw veel heil mag worden verwacht voor ons rechtsleven?