



# Rechterlijk activisme

Met de **klimaatzaak** lijkt de activistische trein van rechterlijke klimaat-, milieu- en gezondheidszaken definitief vertrokken. Volgen er pensioen-, begrotingsnorm-, en wachtlijstzaken?

Voor **rechterlijk activisme** is er geen routekaart en zien we haperingen en ontsporingen.

Leve het klimaat, maar ontkenning van **rechtszekerheid**, leidt tot **willekeur**.

De pandemiemaatregelen rusten op een wettelijke grondslag en zijn in overeenstemming met de **grondwet** – in weerwil van veel misbaar.

KEY MESSAGES

Prof. Dr Leo Neels  
*CEO Itinera*

## “Wie bewaakt de bewakers?”

De wetgever – gesymboliseerd door het verkozen parlement – maakt wetten, de regering zorgt voor de toepassing, en de rechterlijke macht past ze toe bij geschillen en spreekt recht over misdrijven. Dat is, samengevat, de scheiding der machten, een concept bedacht door Montesquieu: voorkom machtsconcentratie door de machtsuitoefening te spreiden over diverse eenheden, zodat misbruik van macht wordt voorkomen. Het zijn basisideeën van de Verlichting die het concept van de rechtsstaat vorm gaven in de 18de eeuw. “*L’Esprit des Lois*” (1748) van Montesquieu is geschreven als kritiek op het absolutisme, goed 50 jaar voor de “*Déclaration des droit de l’homme et du Citoyen*”, en de Franse Revolutie van 1789.

Rechters spreken onafhankelijk recht: parlement en regering mogen zich niet met rechtspraak bemoeien. Men hoort de rechterlijke beslissing te aanvaarden onder voorbehoud van een dubbele aanleg: in hoger beroep spreekt een andere rechter of Hof, totaal onafhankelijk van de eerste, zich weer autonoom over de zaak uit. Ook dat maakt deel uit van de fameuze “*checks and balances*” van de moderne rechtsstaat.

## Het beleid van de rechter

Wetstoepassing vergt toepassen, begrijpen en uitleggen. Daarbij is, onvermijdelijk, ook sprake van rechterlijke interpretatie en rechtscreatie: “*Het beleid van de rechter*”, zoals de titel luidt van het iconisch boekje van Walter Van Gerven (1973). De concrete manier waarop rechters wetten van toepassing achten, en de verplichte motivering van hun beslissing verleggen soms accenten die verregaand kunnen zijn. De rechterlijke motivering verstrekt tegelijk de maatschappelijke verantwoording van hun beslissing, en moet dus steekhoudend zijn en kunnen overtuigen – ook in het licht van het legaliteitsbeginsel, d.i. binnen een kenbaar en toegankelijk rechtskader.

De indruk bestaat dat rechters vandaag meer activistisch werden, dat ze naar voor komen met eigen standpunten en zich een grotere autonomie toeëigenen ten opzichte van het wettelijk kader. Men vermoedt dat dit samengaat met de kwaliteitsafname van wetgeving. Of nog, met de grote gaten die vallen in beleid, waarbij regeringen steeds meer aarzelen om nog heldere beslissingen te treffen, verlamd als ze zijn door partijbelangen en electorale berekening (Nieuwenhuis A.J. Aernout, Reestman J.H., Zoethout C.M. Carla, Rechterlijk Activisme, *Ars Aequi* 2011; <https://leoneels.be/2020/08/20/federale-abdicatie-15-maanden-hoempapa-en-stilstand-belgie-heeft-een-intensive-care-regering-nodig/>).

## Wetstoepassing

Magistraten doen natuurlijk vaak uitspraken over gevoelige zaken, het hoort bij hun taak en verantwoordelijkheid. In een gepolariseerde samenleving, met een gebrekkig publiek debat, kan dat aanleiding geven tot heisa.

Zo veroorzaakte het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg van Mechelen in de zaak “Voorpost” grote herrie, alsof het einde van de vrijheid van meningsuiting in zicht was. (<https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2021/05/26/vonnis-voorpost/> ; <https://www.demorgen.be/politiek/haatzaaien-of-een-mening-voorpost-kwartet-veroordeeld-na-anti-islamspandoek~b68d8130/> ; <https://www.knack.be/nieuws/belgie/willen-de-echte-liberalen-opstaan/article-opinion-1739703.html> ; Jogchem Vrielink in: Rechter hekelt de slogan “Stop islamisering”, *De Standaard* 27 mei 2021).



[Het vonnis](#) geeft een eigenzinnige interpretatie aan de gevoelige begrippen van strafbaar racisme en “aanzetting tot”. De discriminatiewet (2007) die de basis van de strafvordering was, kent geen racismecriterium, en het valt moeilijk in te zien dat een betoging tegen islamisme, die voorkomt als religiekritisch, juridisch als “racistisch” gedefinieerd kan worden. Ook staat een oproep tegen islamisme – “*stop islamisering!*” – helemaal niet gelijk aan “aanzetting tot” haat of geweld: strafbaar racisme is een zeer strikt beschreven concept, omdat men altijd de balans zoekt tussen maximale uitingsvrijheid, ook van zeer onwelgevallige opinies, en de grens van strafbaarheid. De aanzetting tot haat of geweld moet helder bewezen zijn, wat niet het geval is.

Uitingen van “choquerende, storende en beledigende” bejegening van een religie, of nog, van een vergaand niet-strafbaar racisme vallen immers onder de beschermde uitingsvrijheid in de zin van art. 19 Grondwet en art. 10 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Dergelijke uitingen zijn vaak onfatsoenlijk en onbehoorlijk, maar dat zijn geen criteria van strafbaarheid. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal het Hof in hoger beroep hier zijn tanden wel inzetten.

## Pandemierechtspraak

Naarmate de coronapandemie vorderde werd men zenuwachtiger van de beperkingen en de maatregelen. Aanvankelijk werd gestart met Bijzondere machten, maar die werden niet verlengd; de nieuwe regering legt sindsdien en tot vandaag haar gamma van maatregelen op, op basis van een combinatie van de wetgeving betreffende bijzondere bestuurlijke politie, o.m. de wet op het politieambt (art. 11), de noodplanreglementering, en de crisisbeheerwetgeving, zoals de wet op de civiele veiligheid van 2007.

Enkele geïsoleerde rechterlijke uitspraken volstonden om de grondwettigheid van de pandemiemaatregelen radicaal te problematiseren. De bijna constante stroom van rechterlijke uitspraken waarin de rechtsgeldigheid van de maatregelen werd aangenomen, trok weinig aandacht. Ook arresten van de Raad van State die de onwettigheidsbezwaren niet volgden, bleven onder de radar. (Cindy Van Dijck, [www.hln.be](http://www.hln.be) 1 april 2021, en DS 2 april 2021).

De wet op de civiele veiligheid, de politiewetgeving of crisiswetgeving zijn een voldoende wettelijke grondslag voor de ministeriële besluiten. Eerder werd al geschreven dat die wettelijke grondslag voor verbetering vatbaar was, maar dat betekende niet dat de besluiten geen geldige wettelijke grondslag hadden. (L. Neels, Leve de Rechtsstaat, 1 aug. 2020, [www.itinerainstitute.org](http://www.itinerainstitute.org), Grijp deze kans op een staatsrechtelijk debat, en: Staatsnoodrecht, [www.tijd.be](http://www.tijd.be) 15 dec. 2020 en 3 maart 2021).

## De over-actieve rechter?

Vooraf een rechterlijke beschikking van 31 maart (Voorzitter Rechtbank Eerste Aanleg, Brussel, F) trok aandacht, omdat ze de wettelijke grondslag van de maatregelen radicaal onvoldoende vond, en beval om binnen de 30 kalenderdagen een einde te maken aan de schijnbare onwettigheid, op straf van een dwangsom van 5.000€ per dag vertraging. Het kwam neer op een rechterlijk bevel om een wet aan te nemen, ook al erkende de Voorzitster dat ze dergelijk bevel, inderdaad..., niet kan geven. Het Hof van Beroep van Brussel heeft inmiddels, bij arrest van 27 april 2021, geen spaander heel gelaten van deze lapidaire beschikking.



Eerder hadden ook grondwetspecialisten (DS, 2 nov 2021) felle kritiek geuit op de pandemiebesluiten van de Minister van Binnenlandse Zaken, die ze als ongrondwettig bestempelden. De Raad van State had in arresten van 30 okt. 2020 argumenten van onwettigheid van de pandemiemaatregelen afgewezen, en de academici kapittelden de Raad van State dat ze “de regering geen strobreed in de weg legde (...) ten koste van de grondwet en de democratische rechtsstaat” – alsof uitspraken van de Raad van State geen deel uitmaken van de democratische rechtsstaat wanneer men het er niet mee eens is.

Het is een gebruikelijke kritiek op rechterlijk activisme: bij verschil van mening over een rechterlijke uitspraak, wordt al te gemakkelijk de onpartijdigheid van de rechter in twijfel getrokken. Het is heftige kritiek, de scherpst denkbare aanval op de beroepseer van magistraat. Dat versterkte niet noodzakelijk de argumenten die de academici meenden te hebben.

## Pandemiemaatregelen en de grondwet

De Afdeling Wetgeving van de Raad van State bracht op 7 april een bedachtzaam advies uit over het voorontwerp van pandemiewet van Mevr. Annelies Verlinden. Binnen het bestaand wettelijk arsenaal, is, volgens dat advies, de federale overheid bevoegd om, met evenredigheid en overleg, maatregelen te treffen ter bestrijding van een epidemische noodsituatie. In de regel beslist zij na overleg met de organen van crisisbeheer en na overleg in Ministerraad.

Bij voorkeur beslist in de toekomst de regering bij KB, doch zeer uitzonderlijk zal de Minister van Binnenlandse Zaken dat bij in Ministerraad overlegd MB blijven kunnen.

De coronamaatregelen legden proportionele en legitieme beperkingen op aan de uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden, en derhalve was er ook geen sprake van schorsing van de Grondwet. Met dit hoogstaand advies staat de grondwettigheid van de opeenvolgende besluiten van de Minister van Binnenlandse Zaken sedertdien wel vast.

Het is fantastisch dat er publiek debat was over de kwaliteit van de rechtsstaat. Inderdaad, de pandemie was een disruptieve ervaring, en de beperkingen grepen diep in. In zulke omstandigheden was het soms moeilijk om emoties niet te laten overheersen. De noodkreet van de grondwetspecialisten overschreed het gebruikelijk academisch argumentarium, doch de hoorzittingen in de Kamer toonden wel wat meer matiging. Zo werd een essentieel element van de rechtsstaat, in de ogen van de ene grondwetspecialist, door een andere omschreven als “*much ado about nothing*”.

## Regeringen regeren

Ook moderne grondwetsinterpretatie moet rekening houden met een actieve verzorgingsstaat en een moderne democratie. In 1830 sprak men daarover nog niet. Toch was er ook toen een uitvoerende macht, een regering.

En nu was er een ongezien fenomeen, een heuse pandemie die noodmaatregelen noodzaakte, waarvoor we het plan van 2009 waren vergeten. Het legaliteitsbeginsel is belangrijk, maar het is de constitutionele opdracht van de regering om beslissingen te treffen, ook verrassende of onaangename.



In het staatsrecht moeten we ook de noodzaak voor ogen houden dat regeringen in deze eeuw ook moeten kunnen handelen, efficiënt moeten kunnen zijn, en moeten kunnen optreden met “constitutioneel gelegitimeerde energie” (C.S. Sunstein & A. Vermeule, *Law & Leviathan, Redeeming the Administrative State*, 2020). Zoals Alexander Hamilton al in 1788 schreef in “The Federalist papers” (N<sup>o</sup> 70): “Energy in the executive is a leading character in good government”.

## De trend van klimaatzaken

Een nieuwe trend van activisme zijn de vele klimaatzaken. Nederland maakte naam met de Urgendzaak, waarin de Hoge Raad de cassatievoorziening tegen de veroordeling van de Nederlandse Staat omdat die [faalde zijn klimaatwijzigingsverbintenissen na te komen](#) afwees.

Het is helder dat Staten gemakkelijk internationale engagementen beloven of onderschrijven die ze niet naleven, zeker ook inzake klimaatbeleid. Dat is de zwakke plek waarop de klimaatzaken mikken.

Wellicht is het nodig om eens na te gaan waartoe we ons in de internationale rechtsorde zoal allemaal verplicht hebben: bestaat daar enig overzicht van? Het is meestal een kluwen van werkelijk en schijnbaar bindende normen. (Tussen haakjes, en in een totaal ander verband: *remember het Marrakech-Pact!* Een heel andere kwestie, maar ook met de vraag bindend of niet-bindend? En ook tot stand gekomen in één van de vele diplomatieke uithoeken van de VN en haar satellieten, onder de aandacht van niemand... tot het er plots was. Einde parenthesis).

De grote beginselen uit het milieurecht, zoals het voorzorgsbeginsel, het preventiebeginsel of het concept van duurzame ontwikkeling zijn zo breed geformuleerd dat ze ook een gemakkelijke rechtsgrondslag lijken te leveren voor rechtsvorderingen wegens het falen van de Staat om aan die beginselen te voldoen.

Onder druk van voorzorgs- of preventiebeginselen, worden overheden er in klimaatzaken bovendien toe uitgedaagd om zelf de bewijslast aan te dragen dat ze zich correct van hun plichten hebben gekweten. Dan volstaat het blijkbaar al vaak dat men internationale streefdoelen kan aangeven om overheden de boot te doen ingaan. Dat was het geval met de Nederlandse Staat in de Urgendzaak, die definitief beslecht is.

Worden beleidsobjectieven niet iets te gemakkelijk jurisprudentieel gerecycleerd tot bindende rechtsnormen? Wie legt daar verantwoording over af, of is dat een normaal gevolg van lichtzinnige regeringen die graag beloven maar er niet altijd in slagen om beloften na te komen...?

## Juridische eigenaardigheden

Er komen nog andere eigenaardigheden voor bij gelegenheid van dergelijke vorderingen. Zo is het de vraag of men kan vorderen uit hoofde van toekomstige burgers? Er wordt immers aangenomen dat de klimaatverandering nog belangrijker zal zijn voor toekomstige generaties dan voor de onze. Het is niet zeker dat men in rechte kan treden met een ontvankelijke vordering in naam van toekomstige generaties. Maar het Vlaams milieubeleidsdecreet vermeldt zowel de huidige als toekomstige generaties al wel als doelgroepen van milieubeleid.



Ook wordt steeds meer de wat bizarre vraag opgeworpen, of men een vordering kan inleiden uit naam van elementen uit de natuur, zoals een boom of een rivier. Er gaan stemmen op om daaraan ook "rechtspersoonlijkheid" toe te kennen, net zoals aan personen of aan vennootschappen of ondernemingen. Het is nog allemaal onwennig, maar er wordt druk gezet op die stelling, en niet in het minst met vormen van morele argumenten.

In de Belgische klimaatzaak, die verder aan bod komt, werd de vordering ook ingeleid in naam van... bomen, doch uiteraard niet-ontvankelijk verklaard.

## Fundamentele mensenrechten

Ook de "Rechten van de Mens" zijn een aantrekkelijke grondslag geworden voor vorderingen van bezorgde of ontevreden burgers voor de rechter. Door hun generieke formulering en hun fundamenteel karakter, lijken ze een gemakkelijke grondslag aan te reiken voor vorderingen tegen overheidsfalen. Het recht op leven of het recht op een normaal privé-, familie- en gezinsleven (art. 2 en 8 EVRM) zijn inderdaad vrij algemeen.

Uiteraard is niemand tegen die rechten, maar in welke mate zijn ze een deugdelijke grondslag voor milieuvorderingen – ook wanneer er bijzonder recht is dat typisch als oogmerk heeft om de wettelijk vastgelegde milieudoelstellingen te vrijwaren? (C. Van de Heyning, Een procedurele benadering van fundamentele rechten in leefmilieu- en klimaatzaken, Ts. Milieurecht 2021/2).

Het recht op bescherming van een gezond leefmilieu is inmiddels ook in de Belgische Grondwet opgenomen. Dat creëert een zorgplicht van de overheid, en kan een standstill-verplichting inhouden, zoals het Vlaams Milieubeleidsdecreet dat zelfs nadrukkelijk doet: minimaal zijn overheden dan verantwoordelijk voor de voorkoming van verdere depreciatie van het leefmilieu.

De trein van rechterlijke klimaat-, milieu- en gezondheidsvorderingen – waarom niet? – lijkt definitief vertrokken. Volgen er pensioenvorderingen, begrotingsnormvorderingen, wachtlijstenvorderingen? Voorlopig ontbreekt een routekaart en zien we haperingen en ontsporingen.

Wordt rechtszekerheid dan een criterium van vroeger? Krijgt rechtsbescherming definitief voorrang op rechtszekerheid? Of slaagt men erin het evenwicht tussen beide essentiële waarden in een rechtsstaat te vrijwaren (of beter: te herstellen)? Of doen rechters slechts wat ze geacht worden te doen, bij ontstentenis van regeringen die vergeten te regeren?

## “Le gouvernement des juges”

In klimaatzaken ligt natuurlijk een grote ruimte voor rechtelijk activisme in de slechte betekenis van het woord: rechters die de maatschappelijke belangenafweging in het kader van een rechtszaak gaan doen, om eventueel te besluiten waartoe overheden gehouden zijn. Het verwijt van “*le gouvernement des juges*” is dan niet ver weg.

Sommigen voeren daartegen aan dat precies onafhankelijke rechters de entropie van politieke overheden die dreigen stil te vallen en niet meer tot degelijke besluiten komen, moeten goedmaken.





Overheden vallen stil en laten steeds meer grote gaten vallen in beleid: het is een gekend verschijnsel in staten waarin het beleid zwakker wordt, en die een hele grote reikwijdte hebben en van alles willen doen, doch een heel klein vermogen om dat ook allemaal te behappen (F. Fukuyama, *The imperative of State Building*, 2004; ook: T. Cowen, *The Complacent Class*, 2017, die spreekt van stilstand ("stasis").

Rechters, zo voert men aan, kunnen dat vacuum opvullen: door recht te spreken hebben ze een eigen legitimiteit in de rechtsstaat, ze leven ook niet in een maatschappelijk isolement en voelen in hun beroep ook goed de samenleving aan.

Maar we voelen wel aan dat hun onafhankelijkheid, uit zijn aard, een zekere onaantastbaarheid meebrengt die toch erg verschillend is van het beginsel van politieke verantwoording en verantwoordelijkheid – hoe zeer die laatste ook dysfunctioneren in moderne democratiën.

## De Belgische klimaatzaak

Inmiddels werd de Belgische klimaatzaak uitgesproken door de Brusselse Rechtbank van Eerste Aanleg (F). "Na een *procedureslag van bijna zes jaar*", vermeldt de website waar men ook het vonnis aantreft (<https://affaire-climat.be/>). Ahum... this is Belgium. De vordering vertrok van de vaststelling dat België er zich toe had verbonden om uiterlijk in 2020 de jaarlijkse broeikasgasemissies van het grondgebied met 40%, of ten minste met 25%, te verminderen in vergelijking met 1990, en dat die daling niet werd gehaald. Juridisch werd aangevoerd dat dit (i) een onrechtmatige daad uitmaakt in hoofde van de federale Staat en de Gewesten, die de belangen van de eisende partijen schaadt, en (ii) een inbreuk maakt op hun fundamentele rechten, zoals het recht op leven en het recht op vrijheid en veiligheid.

De vordering was vrij precies, en strekte ertoe om België te verplichten om de nodige maatregelen te treffen om het totaal volume van broeikasemissies terug te brengen met 48% in 2025 (in vergelijking met 1990), en vervolgens tot een 0-netto-uitstoot in 2050. Dit alles onder verbeurte van een dwangsom van 1 mio € per maand vertraging indien de doelstelling van 2025, en vervolgens in 2030, niet zou gehaald worden.

## Onrechtmatige overheidsdaad & fundamentele rechten

De Rechtbank wast de overheden fors de oren: *de Staat die schade toebrengt aan anderen door zijn schuld, is gehouden die te vergoeden; het beginsel van de scheiding van de machten staat daar niet aan in de weg, zo luidt de motivering: de rechter kan een dergelijke fout vaststellen en de vergoeding van de schade bevelen.*

*Dat is geen inmenging van de rechtbank in het politiek wetgevingsproces, noch in de wetgevende functie. De rechtbank is, aldus de verdere motivering van de uitspraak, inderdaad bevoegd om te toetsen of de wetgever een toereikende regeling heeft getroffen om een internationale verplichting na te komen – ook al behoudt de wetgever onder het internationaal recht een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de middelen die hij verkiest om zich van de internationale verplichting te kwijten.*

De kastijding door de Rechtbank gaat verder: *de wetgever die stilzit wanneer er een risico bestaat, zoals bij bedreiging voor de veiligheid of de volksgezondheid of het milieu, handelt niet als goede huisvader. En de wetgever die nalaat de nodige maatregelen te nemen om zijn onderdanen de grondwettelijke rechten en vrijheden en de rechten en*



*vrijheden van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens te garanderen, gedraagt zich niet zoals men van een wetgever die als een goed huisvader handelt, zou mogen verwachten.*

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens had er eerder al aan herinnerd dat het EVRM geen algemeen recht op milieubescherming bevat, en dat volksacties (“actio popularis”) verboden zijn (EHRM, Cordella v Italië, 24 januari 2019, § 100).

Een algemene bescherming van het milieu in zijn geheel vindt geen rechtsgrondslag in het EVRM (Kyrtatos v Griekenland, 22 mei 2003, § 52): wel is de beslissende factor om te bepalen of milieuschade in de omstandigheden van een geval heeft geleid tot een schending van een van de door artikel 8, lid 1, gewaarborgde rechten, is gelegen in het bestaan van een nadelig effect op de persoonlijke levenssfeer of de gezinssfeer van een persoon, en niet louter de algemene verslechtering van het milieu (EHRM, Fadeyeva v Rusland, 9 juni 2005, § 88).

Op grond van heel veel documenten, maar bij mijn weten zonder enige vaststelling van tekortkoming aan bindende internationale of nationale emissiebeperkingen, besluit de Rechtbank dat de Belgische staat en de drie Gewesten, *“niet alle nodige maatregelen hebben genomen om de gevolgen van de klimaatverandering voor het leven en de persoonlijke levenssfeer van de eisers te voorkomen, waartoe zij krachtens de artikelen 2 en 8 EVRM verplicht zijn”*.

Komen we hier, via de algemene plicht van vooruitziendheid uit hoofde van art. 1382 BW, niet tot een wel héél lichte vaststelling van “inbreuk”, zonder al te veel onderliggend bewijs? Is de rechter niet in de val getrapt van rechterlijk activisme, waartegen hij in zijn hierboven samengevatte motivering waarschuwt?

De fundamentele zwakte van de Belgische klimaatzaak is dat een getrapte daling, zoals eisers vorderden, geen rechtsgrondslag vindt in bindende internationale verbintenissen. Er is in beginsel slechts een vaststelling van een gemeenschappelijke doelstelling, namelijk “de stijging van de gemiddelde mondiale temperatuur “ruim onder” de 2°C ten opzichte van het pre-industriële niveau te houden, en de verbintenis “zich te blijven inspannen” om deze tot 1,5°C te beperken”. Het wordt aan de betrokken staten overgelaten om de middelen te bepalen om hiertoe bij te dragen, hetgeen niet-bindend lijkt.

## Geen rechterlijk bevel

Om die reden zal de rechtbank geen precieze daling opleggen, en op dat punt de vordering niet inwilligen: daarmee zou de rechter, naar eigen zeggen, *inbreuk maken op het beginsel van de scheiding der machten. De rechter, aldus het vonnis, kan niet de inhoud van de verplichtingen van een overheidsinstantie bepalen en haar aldus haar beoordelingsbevoegdheid ontnemen.*

Dat is zeker een juiste overweging. Maar leidt ze niet ook tot de vraag of de rechter dan wel een inbreuk kon vaststellen op de plicht van vooruitzicht en voorzorg, wanneer de concrete wetgevingen nog niet zo ver staan dat ze al een bindende daling van de uitstootnormen hebben vastgesteld? Er blijkt een woud van internationale bronnen te zijn, maar het lijken wel eerder plechtige oogmerkverklaringen en nobele streefdoelen dan normen, eerder uit het vocabularium van het activisme dan dat van bindende en afdwingbare normen. Een beetje welwillend zou men kunnen spreken van “soft law”, maar er moet toch helderheid blijven over wat juridisch bindend is of niet, wil men vermijden het pad te gaan bewandelen van arbitraire inzichten. Is niet één van de nadelen van





internationale gremia, zoals VN-dependenties, dat ze politiek, wetenschap en activisme samenbrengen in een amalgaam?

Weliswaar is de rechterlijke macht bevoegd om de schuld van de overheid vast te stellen, zelfs bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid, maar rechters kunnen de overheid bij die gelegenheid niet haar politieke vrijheid ontnemen of zich in haar plaats stellen (M. Joassart, *“Le juge civil et la séparation des pouvoirs”*, note sous Bruxelles, 12 sept. 2014, A.T.P. 2016, 433-447). Dat is het heersend inzicht in het leerstuk van de scheiding van de machten: de rechterlijke macht kan dus de opportuniteit van het optreden van de overheid bij de uitoefening van haar bevoegdheid niet beoordelen, en evenmin kan zij zelf de discretionaire bevoegdheid uitoefenen die aan deze overheid toekomt. De omvang en het tempo van de reductie van de broeikasgasemissies in België, en de interne verdeling van eenieders inspanningen zullen het resultaat zijn van politieke arbitrage, waarin de rechterlijke macht zich niet kan mengen.

Zeer algemeen heeft de Rechtbank daarentegen toch wel vastgesteld dat *“de federale Staat en de drie Gewesten bij het voeren van hun klimaatbeleid niet als normaal voorzichtige en zorgvuldige autoriteiten handelden”*, hetgeen een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek oplevert. Zij schenden zo de grondrechten van eisers, meer in het bijzonder de artikelen 2 en 8 EVRM, door *“niet alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de gevolgen van de klimaatverandering voor het leven en de persoonlijke levenssfeer van eisers te voorkomen”*.

## Rechterlijk branie

Er volgt verder dan geen rechterlijk bevel noch dwangsom. Dit lijkt een beetje verrassend na de stellige vaststelling van onachtzaamheid en onvoldoende beleid.

Is het een poging om fors recht te spreken zonder de vingers te zeer te willen verbranden aan een ongepaste indeplaatstreding van de politieke en beleidsorganen van de diverse overheden?

Is het aanvaardbaar dat een Rechtbank op forse wijze beleidsfalen vaststelt, strijdig met brede bepalingen die zorgvuldig en goed bestuur moeten inspireren, zonder daaraan enig gevolg te verbinden? Rechterlijk branie in deel één, rechterlijke terughoudendheid in deel twee. Ook dat is niet zeer overtuigend.

Niet - zoals de klagers lijken te denken - omdat de Rechtbank niet ver genoeg gaat, maar omdat ze zich al te ver waagde.

Tenslotte: inmiddels zijn in de Europese Unie, in het Green Deal-kader concrete verplichtingen aangenomen om met 55% emissie te dalen tegen 2030, en tot 0-emissie te komen in 2050. Die doelstellingen zullen aan de lidstaten worden opgelegd (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9419-2021-INIT/nl/pdf> ; DS 20 maart 2021). Wellicht is de Belgische klimaatzaak daardoor ondertussen voorbijgestreefd.



## De Nederlandse Shell-zaak

In mei 2021 sprak de Rechtbank van Den Haag vonnis uit in de klimaatzaak tegen Royal Dutch Shell (ECLI:NL:RBDHA:2021:5339). Het is een verbijsterende rechterlijke uitspraak: Shell wordt bevolen om “zowel rechtsreeks als via de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening pleegt op te nemen en waarmee zij tezamen de Shell-groep vormt, het gezamenlijk jaarlijks volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energie dragende producten van de Shell-groep verbonden CO<sub>2</sub>-emissies naar de atmosfeer (Scope 1, 2 en 3) zodanig te beperken of doen beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 ten minste zal zijn verminderd met netto 45% in vergelijking met het niveau van het jaar 2019”. Het bevel is uitvoerbaar bij voorraad, dit wil zeggen dat het ook geldig blijft wanneer hoger beroep zou worden ingeleid, tot er anders over zou worden geoordeeld.

De Britse Shellholding, met hoofdkantoor in Den Haag, is aandeelhoudster van “ruim 1.100 afzonderlijke vennootschappen die wereldwijd gevestigd zijn”. In al de landen waarin zij optreden zijn het afzonderlijke rechtspersonen die er, wellicht zonder uitzondering, ondernemen op basis van door de lokale overheden verleende vergunningen. Vergunningen strekken ertoe om rechtszekerheid te verschaffen aan burgers of bedrijven die vergunningsplichtige activiteiten ondernemen: hun werkzaamheden worden geacht legaal te zijn zo lang ze binnen die criteria opereren. Niet langer dus: is Shell hier niet zonder meer vogelvrij verklaard, zoals prof Deketelaere het uitdrukte (DS 26 en 27 mei 2021)?

De Rechtbank oordeelt op basis van de in art. 6:162 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek neergelegde “ongeschreven zorgvuldigheidsnorm”, die inhoudt dat handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt onrechtmatig is. Het is de spiegelbepaling van ons art. 1382 Burgerlijk Wetboek, de onrechtmatige daad. De tweede paragraaf van de Nederlandse bepaling luidt: “Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.”

Over een mogelijke rechtvaardigingsgrond is in het vonnis niet veel meer te vernemen. Uit een geheel van beleidsvoornemens en teksten, leidt de Rechtbank de schending af van de zorgvuldigheidsplicht die Shell heeft voor al zijn samenstellende bestanddelen en voor de uitstoot van de leveranciers van Shell en van de eindgebruikers van zijn producten. Die verantwoordelijkheid blijkt, aldus de Rechtbank, uit de “analyse van de verschillende protocollen en richtlijnen voor klimaatverandering voor niet-statelijke actoren, die de Universiteit van Oxford heeft gemaakt”. Het gaat hier louter om een gepubliceerd informatief samenvattend [document](#), dat m.i. geen rechtsbron is. Het is slechts een overzicht van wat in een grote diversiteit aan internationaal circulerende teksten van allerlei aard en herkomst is aangevoerd als wenselijk om tot zero-emissie te komen.

Onthutsend is dat de Rechtbank toegeeft dat “in het Oxford-rapport niet staat dat er een juridische verplichting voor energiebedrijven bestaat om Scope 3-emissies te verlagen in absolute en uniforme stappen”. (...) Wel, aldus de Rechtbank, “volgt uit het rapport dat, alhoewel er accentverschillen zijn, internationaal breed wordt onderschreven dat bedrijven verantwoordelijkheid dragen ten aanzien van Scope 3 emissies. De rechtbank betreft dit breed onderschreven uitgangspunt in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.” TARATARATATAAAA!

Los van klimaatverplichtingen die staten zouden hebben onderschreven, los van normen die staten opleggen,



wordt aan bedrijven een geheel eigen verantwoordelijkheid opgelegd uit hoofde van hét klimaatprobleem en dé urgentie van handelen. Wensdenken wordt op die wijze noodzakelijkheidsdenken en vervolgens, in één beweging, juridisch opgelegde norm aan één private actor. Hoe zeer men ook klimaatbekommernissen ernstig kan nemen... is dit niet een amalgaamredenering, die direct van een maatschappelijke urgentie springt naar een achteraf bedacht en meteen rechterlijk bindend verklaard kader?

Elk juridisch argument verdwijnt hiermee in een zwart gat van de wel héél generiek geformuleerde algemene zorgvuldigheidsplicht uit het ongeschreven recht.

## Leve het klimaat !

Leve het klimaat, en de strijd voor milieu, zorgvuldigheid en emissiecontrole! Die zaken moeten we leren vasthouden, méér dan ooit.

Maar de gedachtensprongen die hier worden gemaakt, maken gehakt van recht en inviteren totale rechtsonzekerheid op grond van vele documenten die wensdenken projecteren op beleidsobjectieven, zonder dat het nog nodig is te letten op feitelijke grondslagen en bewijs, verstrekte vergunningen of geldend recht. Het lijkt alsof het hoger doel van klimaattransitie alle middelen heiligt, inbegrepen de vervanging van recht door willekeur.

Shell staat hiermee bloot aan een totale vernietiging van zijn rechtspositie, en een kanjer van ongelijke behandeling. Activisten kiezen een symbolisch doel, en ze beginnen altijd raak te schieten omdat de rechtsorde overvleugeld wordt door een *moral high ground*, afkomstig uit algemene rechtsbeginselen, en nu dan samengevat in een tekst met gezag van gewijsde: het gezag dat we aan het rechterlijk oordeel in de rechtsstaat verschuldigd zijn.

Eén van de moeilijke vragen in elke geciviliseerde machtsorde, is hoe we macht vertalen in bevoegdheid, handelen herleiden tot procesmatige verhoudingen, willekeur uitbannen door recht. Dat is de kern van de rechtsstaat, toch? En van het legaliteitsbeginsel. Poortwachters en onafhankelijke toezichthouders van het type "rechterlijke macht" zijn er kernspelers van. Vandaag actieve spitsen in het maatschappelijk debat, scorende spitsen in een morele orde blijkbaar.

Zijn ze voldoende onafhankelijk gebleven, ook intellectueel en ethisch of juridisch onafhankelijk, ook tegenover activisme? Of schuiven ze mee in een activistische trend, die – in de gevleugelde woorden van Juvenalis – tot de sleutelvraag leidt in de rechtsstaat, hoewel er niet altijd een goed antwoord voorhanden is: "*Quis custodiet et ipse custodes?*"

**Prof em dr Leo Neels**

**Algemeen Directeur Itinera**

**15 juli 2021**

