

M en R 2012/19

Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?

Verslag van een studiemiddag van de Vereniging voor Milieurecht

Mr. M. Morawski, datum 28-02-2012

Datum	28-02-2012
Auteur	Mr. M. Morawski ^[1]
JCDI	JCDI:ADS813331:1
Vakgebied(en)	Milieurecht (V) Omgevingsrecht (V)

Op woensdag 30 november 2011 organiseerde de Vereniging voor Milieurecht een studiemiddag over de aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering. Tijdens de middag werden onder leiding van mw. mr. dr. L.F. Wiggers-Rust (Hof Arnhem) de preadviezen besproken van de gelijknamige werkgroep. Daarin staat de vraag centraal welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht biedt om klimaatverandering tegen te gaan en adaptatie aan de gevolgen van klimaatverandering te effectueren.

Tijdens de middag hebben vier referenten: prof. mr. P.A. Nollkaemper (Universiteit van Amsterdam), prof. mr. T. Barkhuysen (Stibbe en Universiteit Leiden), mr. dr. M.K.G. Tjepkema (Universiteit Leiden), prof. mr. I. Giesen (Universiteit Utrecht), hun reactie op de verschillende preadviezen gegeven, waarna er ruimte was voor een reactie van de auteurs en discussie met alle aanwezigen.

Preadvies dhr. mr. C.A. Okkerse (op persoonlijke titel)

Okkerse bespreekt de vraag of het volkenrecht aanknopingspunten biedt om één of meerdere staten aansprakelijk te stellen voor (potentiële) schadelijke effecten van zeespiegelstijging als gevolg van klimaatverandering. Nollkaemper benadrukt dat naast de door Okkerse besproken normen die voortvloeien uit het Klimaatverdrag, het Kyoto-protocol en het Zeerechtverdrag, ook andere verdragen een rol spelen. Daarom is een bredere opvatting noodzakelijk. Volgens Nollkaemper wordt de reikwijdte van het voorzorgsbeginsel in het volkenrecht door Okkerse overschat. Het is primair een interpretatief beginsel zonder zelfstandige rechtskracht dat van belang is voor toepassing en interpretatie van andere normen. Het voorzorgsbeginsel kan op zichzelf geen grond bieden voor aansprakelijkheid in het volkenrecht. Prof. mr. M. Peeters benadrukt dat er meerdere interpretaties van het voorzorgsbeginsel zijn gegeven. Het beginsel zou moeten worden uitgelegd in de context van het specifieke toepassingsgebied. In het domein van biodiversiteit bijvoorbeeld heeft het voorzorgsbeginsel wel degelijk betekenis.

Preadvies mw. mr. drs. E. Kronemeijer (op persoonlijke titel)

Kronemeijer bespreekt in haar bijdrage de functies en doelen van het aansprakelijkheidsrecht in verband met klimaatverandering. Hierin benadert zij het aansprakelijkheidsrecht vanuit een rechtssociologisch perspectief. Zij sluit niet uit dat de invloed van het aansprakelijkheidsrecht voor klimaatverandering niet heel groot is. Naar

aanleiding van de vraag van Kronemeijer wat van het (internationaal) aansprakelijkheidsrecht wordt verwacht: schadevergoeding, gedragsverandering, normnaleving of preventie, houdt Nollkaemper voor dat we realistische verwachtingen moeten hebben van het internationaal aansprakelijkheidsrecht. Hij geeft een aantal voorbeelden van 'succes stories' in het internationaal aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast is in het internationaal recht het typische gevolg van aansprakelijkheid niet schadevergoeding, maar een vordering tot gebod of verbod van bepaalde activiteiten. Barkhuysen voert aan dat schadevergoeding een extra drukmiddel kan vormen om rechtssubjecten tot naleving van normen te brengen.

Preadvies mw. mr. K. Mertens (Universiteit Hasselt)

Mertens bespreekt de vraag of de overheid een fout dan wel een onrechtmatige gedraging kan begaan door wetgeving te maken die hetzij bijdraagt aan klimaatverandering hetzij die klimaatverandering niet voldoende mitigeert dan wel na te laten wetgeving te maken. Zij zoekt naar een juridische mogelijkheid om de overheid aan te zetten tot het nemen van betere maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan met als uitgangspunten het EVRM en het wetgevingsbevel. Voor beide instrumenten acht zij de mogelijkheden voor een succesvolle claim beperkt, maar niet onmogelijk. Barkhuysen deelt deze conclusie en gaat een stap verder door aanvullende argumenten aan te leveren die zouden kunnen bijdragen aan een succesvolle aansprakelijkstelling. Met betrekking tot het EU-recht wijst hij op art. 37 EU-Grondrechtenhandvest, dat extra procedurele mogelijkheden biedt, namelijk het stellen van een prejudiciële vraag.

Volgens Mertens biedt art. 37 EU-Grondrechtenhandvest - het milieu-integratiebeginsel - echter niet veel houvast, omdat het niet geheel duidelijk is wat de waarde en de strekking ervan is. Het beginsel geeft geen recht op een schoon milieu, maar legt alleen vast dat een 'hoog niveau van milieubescherming in het beleid van de EU geïntegreerd moet worden'.

Wat betreft het wetgevingsbevel ziet Barkhuysen als een alternatief de verklaring voor recht of het buiten toepassing laten van regelgeving door de rechter. In dit kader benadrukt Mertens dat het gevaar bestaat dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten en diens beleidsvrijheid niet respecteert. Dit brengt een discussie op gang in de zaal.

Mertens merkt op dat de rechter er bij aansprakelijkheidsacties meestal op toeziet dat hij niet in de voetsporen van de wetgever treedt. Barkhuysen is van mening dat de rechter niet snel zelf zal ingrijpen, maar eerst zal wachten op de politiek. Als niet wordt ingegrepen op politiek niveau zal de rechter echter op enig moment wel een knoop durven doorhakken.

Preadvies mw. prof. mr. M. Peeters (Universiteit Maastricht, METRO)

Peeters gaat in haar bijdrage in op de vraag of de uitstoot van emissies, in het bijzonder door kolencentrales, ook indien deze zich houden aan de - door Europese richtlijnen ingevulde - publiekrechtelijke regulering, onrechtmatig kan zijn en dus tot aansprakelijkheid kan leiden. Zij concludeert dat de inzet van aansprakelijkheidsrecht moeilijk is maar wellicht als extra drukmiddel toch het proberen waard, zodra het echt duidelijk is dat er vooralsnog geen geschikt publiekrechtelijk kader komt. Tijdens de discussie stipt Peeters aan dat een EU-wijde, geconcentreerde aansprakelijkheidsactie wellicht zou kunnen leiden tot succes, bijvoorbeeld door het dagvaarden van grote vervuilers of overkoepelende organisaties. Barkhuysen is wat terughoudender maar merkt wel op dat private handhaving een aanvullende rol kan en moet spelen. Hij verwacht daarbij vooralsnog meer van de rol van het aanbestedingsrecht en maatschappelijk verantwoord ondernemen dan van aansprakelijkheidsacties. Echter, dit kan volgens Barkhuysen veranderen als de onmacht van de wetgever komt vast te staan en de gevaren van klimaatverandering meer zichtbaar worden. Tevens deelt hij de conclusie van Peeters dat EU-regelgeving inzake emissiehandel uitstoters in beginsel niet vrijwaart van aansprakelijkheidsacties, maar dat het effect van een aansprakelijkheidsactie jegens hen - los van de haalbaarheid daarvan - zeer beperkt zal zijn omdat na een succesvolle aansprakelijkheidsclaim ten aanzien

van vrijvallende rechten het zogenaamde waterbedeffect optreedt. Met andere woorden, elders in de EU kunnen deze rechten weer worden gebruikt. Tijdens de discussie merkt Peeters op dat het niet duidelijk is welke belangen worden beschermd door EU-regelgeving inzake klimaatverandering. De tekst van het Klimaatverdrag ziet enkel op 'gevaarlijke' klimaatverandering. Echter, tot op de dag van vandaag is er geen EU-brede definitie van gevaarlijke klimaatverandering gegeven. Gevolg hiervan is dat veel belangen inzake klimaatverandering niet beschermd zijn. Daarnaast is het zo dat volgens het IPCC de reductiedoelstelling 25% is, terwijl dit op grond van EU-regelgeving slechts 20% is. Het beschermingsniveau in de EU is dus ook beperkt. Het opleggen van strengere normen is volgens Peeters echter niet praktisch omdat dan het waterbedeffect optreedt.

Preadvies dhr. mr. E.H.P. Brans & mw. mr. K. Winterink (Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V.)

Brans en Winterink bespreken in hun bijdrage wat - gelet op de voorliggende informatie omtrent (de gevolgen van) klimaatverandering - van de overheid verwacht mag worden en of het wel, niet of onvoldoende nemen van maatregelen om negatieve gevolgen van klimaatverandering te beperken een aansprakelijkheidsrisico met zich brengt voor de overheid. Zij stellen dat de kenbaarheid en voorzienbaarheid hierbij een probleem vormen voor aansprakelijkstelling bij schade door klimaatverandering. Immers, bij de onrechtmatige daad vormt de voorzienbaarheid van schade een belangrijke voorwaarde. In dat kader vraagt Tjepkema de preadviseurs welke toegevoegde waarde zij nu precies zien voor het voorzorgsbeginsel, nu zij stellen dat de vraag of op de overheid een taak rust om preventieve maatregelen te nemen onder meer afhangt van de 'omvang van de wetenschappelijke onzekerheid over oorzaak-effectrelaties'. Moeten we hieruit afleiden dat aansprakelijkheid van de overheid niet zal worden aanvaard bij het bestaan van onzekerheid over de vraag of bepaald overheidshandelen of -nalaten tot milieuschade zal leiden? Waar ligt hier de grens? Brans geeft toe dat er veel onzekerheid bestaat omtrent het voorzorgsbeginsel. Men kan zich afvragen wat dit toevoegt en welke normen gehanteerd moeten worden als sprake is van generieke onzekerheid over het effect van handelen of nalaten. Brans attendeert er wel op dat het EVRM voor de overheid de verplichting kan meebrengen passende maatregelen te treffen op grond van het voorzorgsbeginsel. Nollkaemper voegt hieraan toe dat het inderdaad zo is dat staten verplichtingen hebben op grond van internationale verdragen, maar dat de tekst van deze verdragen voor meerdere interpretaties vatbaar is. In verband met nadeelcompensatie lijkt het moeilijk om te beargumenteren dat het enkele feit dat de overheid een verplichting heeft, de gevolgen daarvan voldoende voorzienbaar doet zijn. Voorkomen moet worden dat de eis van voorzienbaarheid erg ver wordt opgerekt doordat bestuursorganen en rechters verplichtingen gaan invullen met het voorzorgsbeginsel.

Preadvies dhr. mr. H.K. Gillisen & dhr. prof. mr. B.J. Schueler (Universiteit Utrecht)

Gillisen en Schueler bespreken de vraag hoe het aansprakelijkheidsrecht de besluitvorming van de watersysteembeheerder inzake adaptatie aan klimaatverandering beïnvloedt. De preadviseurs hanteren als hypothese dat het aansprakelijkheidsrecht de besluitvorming beïnvloedt, met name bij de vragen welke maatregelen nodig zijn en hoe en wanneer die moeten worden getroffen.

In hun preadvies stellen de auteurs dat een uitzondering op de formele rechtskracht zou kunnen worden gemaakt wanneer nieuwe wetenschappelijke inzichten nopen tot het 'herijken' van de situatie en tot het nemen van nieuwe beschermingsmaatregelen. De houdbaarheidsdatum van de formele rechtskracht is in de visie van de auteurs dus niet onbeperkt. Over dit aspect ontstaat een discussie met de referenten en de preadviseurs.

Tjepkema acht het een interessant gegeven dat uit de casestudies die preadviseurs bespreken het beeld naar voren komt dat het openbaar gezag zich bij het nemen van maatregelen om risico's in te dammen niet sterk laat leiden door de dreiging aansprakelijk gesteld te worden. Voorts benadrukt hij dat naar zijn indruk nadeelcompensatie bij veel besluitvorming in het adaptatiebeleid de functie heeft van 'smeerolie': met behulp van nadeelcompensatie kunnen bestuursorganen beleid realiseren dat zij anders niet gerealiseerd zouden kunnen krijgen. Dit zou in het preadvies sterker kunnen worden benadrukt.

Preadvies mw. mr. M.A. Robesin (Stichting Natuur en Milieu)

Robesin gaat in haar bijdrage in op causaliteitseisen die aan aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering worden gesteld. Zij concludeert dat er een aantal vormen van causaliteit onderscheiden worden in de privaatrechtelijke theorievorming en dat bij schade door klimaatverandering sprake is van cumulatieve causaliteit. Tevens concludeert zij dat het nalaten van emissiereductie wel degelijk kan leiden tot aansprakelijkheid en tot een gebod tot het treffen van maatregelen, zij het in voorzichtige mate. Giesen wijst ter aanvulling op het preadvies van Robesin op het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, zoals geaccepteerd door de Hoge Raad in het arrest *Nefalit/Karamus* (HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328). Daarin wordt een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid. Deze gedachte sluit aan bij het door prof. mr. M.G. Faure geopperde idee dat gevallen van milieuaansprakelijkheid via vormen van proportionele aansprakelijkheid af te wikkelen zijn. Robesin merkt op dat het een uitdaging is om die daders aan te spreken die een substantieel aandeel in de schade hebben en dat het maar de vraag is wanneer dat aandeel groot genoeg is. Giesen onderkent het probleem dat het mogelijke aandeel aan de klimaatschade van een enkele gedaagde veelal te gering zal zijn voor toepassing van de *Nefalit/Karamus*-regel. Het probleem kan zijns inziens wellicht omzeild worden door in één klap meerdere bedrijven samen te dagvaarden. Dan is er tezamen in elk geval een groter percentage van de boosdoeners aanwezig. Ook kan gedacht worden aan het dagvaarden van één hele grote vervuiler, zoals een staat die geen schadebeperkende maatregelen neemt, of een overkoepelende organisatie van bedrijven binnen een bepaalde sector die de leden niet voldoende aanspoort om iets te doen. Voorts merkt Robesin op dat het in de zaak *Nefalit/Karamus* ging om werkgeversaansprakelijkheid. Zij vraagt zich af hoe deze regel zal uitwerken in een zaak betreffende klimaatverandering, dat een wezenlijk ander terrein is. Giesen reageert hierop door te stellen dat het hier inderdaad om een casus betreffende werkgeversaansprakelijkheid ging, maar dat de lijnen in zijn visie moeten worden doorgetrokken naar andere rechtsgebieden omdat dit een slachtoffervriendelijk leerstuk is.

De preadviezen worden opgenomen in een publicatie van de Vereniging voor Milieurecht die in het voorjaar van 2012 zal verschijnen. Daarvan zal tevens een beredeneerd verslag van de vergadering van de hand van Wiggers-Rust, als voorzitter van de (sub)Werkgroep aansprakelijkheid voor de gevolgen van klimaatverandering, deel uitmaken.

Voetnoten

[1] Mr. M. Morawski is werkzaam bij Baker & McKenzie Amsterdam N.V.