

Urgenda en de Shell-zaak: salonpopulisme plus juridische alchemie

Posted on 5 juni 2021 by Gastauteur

Hoe is het toch mogelijk dat er zo weinig weerstand is, als de democratie door de Nederlandse rechter onder curatele wordt gesteld, zoals in de Urgendazaak tegen de Staat en in de klimaatzaak van Milieudefensie tegen Shell?

Waarom is er geen opstand als enkelingen namens de burgers van Nederland procedures bij de rechter voeren, zonder dat die burgers daarmee hebben ingestemd? En waarom accepteren we de 'juridische alchemie', waarmee niet-verplichtende VN-afspraken door de rechter tot mensenrecht worden verheven en zo verplicht worden opgelegd?

Jos Teunissen, emeritus-hoogleraar Staats- en Bestuursrecht, fileert zowel het 'salonpopulisme' als de 'juridische alchemie'.

door Jos Teunissen

Medio 1994 werd in de vorm van een nieuw art. 3:305a in het Burgerlijk Wetboek een civielrechtelijke versie ingevoerd voor het beroepsrecht dat in het bestuursrecht al aan collectief en algemeen belangorganisaties was toegekend. In het eerste lid werd bepaald:

'Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voorzover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.'

Bij de vormgeving van dat nieuwe actierecht heeft de wetgever zich laten inspireren door de Amerikaans 'class action', die echter duidelijk is bedoeld voor de behartiging van collectieve belangen (van mensen in hoedanigheid van consument, werknemer, etc.) en niet óók voor procederen over algemene belangen.

Dit Nederlandse actierecht gaat aanzienlijk verder dan de bestuursrechtelijke beroepsmogelijkheid. Zo'n actie kan bovendien niet alleen worden ingesteld tegen de overheid maar ook tegen een private organisatie, zoals het recente Shell-vonnis laat zien.

Eerder was er het Urgenda-arrest van 20 december 2019, dat iedere Nederlandse ingezetene raakt. Dat arrest, waarbij het nalaten van de Staat om de CO2-uitstoot sterker te beperken onrechtmatig werd geoordeeld en de Staat werd verplicht te zorgen voor een daarbij bepaalde CO2-reductie in 2020, was slechts mogelijk door toepassing van twee kunstgrepen.

Urgenda vertegenwoordigt het gehele Nederlandse volk

De eerste kunstgreep is het aanvaarden dat de stichting 'Urgenda' namens alle ingezetenen mocht procederen en dat daarvoor niet hun instemming en zelfs hun bekendheid met de procedure is vereist, een kunstgreep die door de wetgever mogelijk is gemaakt. Een stichting – een rechtspersoon zonder leden – ondervindt immers zelf geen gevolgen van stijging van de CO2-concentraties in de lucht. Maar 'andere personen', wier belangen Urgenda met haar rechtsvordering wil beschermen, zouden die gevolgen wel kunnen ervaren. 'De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk', is te lezen in art. 50 van Grondwet. Maar een stichting zoals Urgenda – een club zonder leden – kan dit dus óók, zo volgt uit het Urgenda-arrest.

Juridische alchemie met mensenrechten

De tweede kunstgreep, die nodig was om het beweerdelijk statelijk nalaten als onrechtmatig te kunnen kwalificeren, was een vorm van 'juridische alchemie'. Een alchemistisch transformatieproces bestaat uit drie fasen; zo ook hier.

Hoewel de bepalingen in het VN-klimaatverdrag waarin een emissiereductie van minimaal 25 procent in 2020 als streefcijfer is opgenomen, alléén zijn gericht tot de deelnemende staten en op zichzelf geen rechtstreekse werking hebben, moet dit volgens het Haagse rechters tóch als een juridisch afdwingbare resultaatsplicht worden gezien. Bij het niet behalen van dat resultaat zouden namelijk bepalingen uit het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens (artt. 2 en 8: kortweg het recht op leven en het recht op een privéleven) worden geschonden, die wél 'eenieder verbindend' zijn.

Dit is de eerste fase in het alchemistisch proces: een streefcijfer in een niet-afdwingbaar verdrag wordt 'eenieder verbindend' gemaakt door het te laten opgaan in verdragsbepalingen die dat wél zijn.

Dan volgt de tweede fase: hoewel deze mensrechten zijn geformuleerd als onthoudingsrechten en artikel 94 van de Grondwet – dat bepaalt dat wettelijke voorschriften 'buiten toepassing' moeten worden gelaten als die toepassing niet verenigbaar is met eenieder verbindende verdragsbepalingen – naar de letter inhoudt dat de overheid zich in zulke geval van ingrepen moet onthouden, moet volgens de Haagse rechters worden aangenomen dat sprake is van een positieve verplichting om een bepaald resultaat te bereiken, dus van een voor de rechter afdwingbare positieve prestatieplicht.

Tenslotte de derde en laatste fase in het alchemistische transformatieproces. Dat op mensenrechten een positieve verplichting van de staat wordt gebaseerd, is al uitzonderlijk.

In de stukken wordt verwezen naar vier uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Hoewel die uitspraken een principieel ander karakter hadden dan de Urgendazaak, verruimen de Haagse rechters dit tot een positieve resultaatsverplichting voor de Staat tot het bereiken van een doel met een algemene strekking voor het gehele Nederlandse territoir, waarbij alle inwoners zijn betrokken.

De democratie 'onder curatele'

Dit soort procedures zijn een vorm van omgekeerd populisme: salonpopulisme [1]. Aan populisten wordt verweten dat ze zich, met de redenering dat niet wordt geluisterd naar de ware noden van het volk, niet neerleggen bij de uitkomst van het democratisch proces. Maar dat is precies dezelfde redenering als die van 'salonpopulisten': hoger opgeleiden die, met de redering dat politici onvoldoende oog hebben voor belangrijke zaken als nitraat en klimaat en daarmee bewijzen dat ze niet inzien wat in het algemeen belang is, hun opvattingen over het algemeen belang met een daartoe opgerichte organisatie willen en kunnen afdwingen via de rechter, waardoor 'het algemeen belang' afhangt van wie de organisatie is met de beste lobby en de diepste zakken om advocaten en deskundigen te betalen. De advocaat van Urgenda 'motiveerde' de tegen de staat ingestelde procedure met de woorden dat de democratie 'onder curatele' moest worden gesteld omdat deze het klimaatprobleem niet adequaat zou aanpakken.

'(Klimaat)noodtoestand': de autoritaire verleiding

Rechterlijk activisme zoals in de Urgendavonnissen wordt gerechtvaardigd met de '(klimaat)toestand', die zou nopen tot snel en adequaat optreden, waartoe de wetgever niet in staat wordt geacht. Dat is een argumentatie die ook in autoritaire regimes pleegt te worden gehanteerd.

Kenmerkend voor autoritaire heersers is dat ze democratische besluitvorming overbodig en slechts tijdrovend achten en ook rechterlijke toetsing van hun gesties ongewenst achten, omdat ze menen zélf de wijsheid in pacht te hebben en te weten wat in het algemeen belang nodig is. Wat is eigenlijk het verschil met rechters die – zoals in de Urgendazaak – menen de democratie onder curatele te moeten stellen?

Is het niet een tikkeltje arrogant om enerzijds dergelijke uitspraken toe te juichen maar anderzijds de regeringen van Polen en Hongarije wegens schending van democratisch-rechtsstatelijke kernwaarden ate kritiseren, hoe terecht die kritiek ook moge zijn (nog daargelaten dat de EU, gelet op haar democratisch deficit, zelf niet zou voldoen aan de criteria om te worden toegelaten tot de EU)?

Expertocratie in plaats van democratie?

'Maar in de Urgendazaak baseerden de Haagse rechters zich op wetenschappelijk inzichten!', zo luidt een veel gebruikt argument vóór hun uitspraken. Als dat een deugdelijk argument zou zijn, zou – wat er van die inzichten ook zij – de hele democratie maar beter direct kunnen worden vervangen door een expertocratie: besluitvorming door deskundigen. Autocratieën zijn trouwens in de praktijk expertocratieën: een autoritaire heerser pleegt zich ter rechtvaardiging van zijn beslissingen te beroep op door hem aangewezen experts.

Het Shell-vonnis

In het vonnis van 21 mei 2021 in de zaak die op grond van art. 3:305a BW door Milieudefensie en anderen niet tegen de Staat maar tegen een private onderneming (Shell) is aangespannen, gaat de rechter nog weer (aanmerkelijk) verder dan in de Urgendazaak. Mensenrechtenbepalingen zoals art. 2 en 8 EVRM zijn geformuleerd als 'onthoudingsrechten' ten opzichte van de overheid, die deze rechten slechts onder bepaalde voorwaarden mag beperken, waaronder de voorwaarde dat zo'n beperking moet worden gesteld bij wet, waarmee ook de democratische legitimatie is gegeven.

In de Urgendazaak had de rechter uit die rechten al positieve prestatieplichten voor de Staat afgeleid en daaraan bovendien een algemeen karakter toegekend, werkend voor het gehele grondgebied. In het Shell-vonnis wordt de reikwijdte van die – voor de Staat aangenomen – verplichtingen – verder uitgebreid en ook op een particuliere onderneming (Shell) van toepassing verklaard. De rechtbank doet dat door zich te beroepen op allerlei 'soft law'. Mij deed de redenering van de rechtbank denken aan de manier waarop ik in mijn gymnasiumtijd de opgaven voor algebra en goniometrie oploste, namelijk door éérst te kijken naar de achterin het leerboek afgedrukte uitkomst, om vervolgens terug te redeneren naar de opgave.

Het tekortschieten in nakoming van de door de rechtbank uit art. 2 en 8 EVRM voor (ook) Shell afgeleide CO2-reductieplicht is – zo redeneert zij verder – een aantasting van deze mensenrechten van alle ingezetenen van Nederland en daarmee een aantasting van de jegens hen geldende 'ongeschreven zorgvuldigheidsnorm' en 'dus' een onrechtmatige daad.

'De norm die wordt geschonden als Shell haar reductieverplichting schendt, strekt –

zo overweegt de rechtbank – ter bescherming van de belangen van de Nederlandse ingezetenen (…), waarvoor in de collectieve acties wordt opgekomen. Uit de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm vloeit voort dat Shell gehouden is de mensenrechten van deze personen te respecteren'.

Om tot deze conclusie te komen voegt de rechtbank aan het door de Hoge Raad toegepaste transformatieproces dus nog een stap toe: als Shell er niet voor zorgt dat de CO2-uitstoot met een bepaald percentage wordt gereduceerd, zou dat een schending van de 'ongeschreven zorgvuldigheidsnorm' zijn. Op grond van art. 6:162 BW is een handelen of nalaten dat zich niet verdraagt met de 'zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens eens anders persoon of goed' namelijk een onrechtmatige daad, ook als daarmee geen wettelijke eisen of eigendoms- of andere private subjectieve rechten zouden worden geschonden. In deze situatie geldt die zorgvuldigheidsnorm jegens alle aardbewoners, dus ook jegens alle Nederlandse ingezetenen.

Het door de Haagse rechtbank aangenomen mensenrechtenconcept past niet in een rechtstaat, die wordt gekenmerkt door een principiële (onder)scheiding tussen publieke rechtssfeer ('Staat') en private rechtssfeer ('maatschappij'), waarbij grond- en mensenrechten in wezen fungeren als extra beschermingsgordels tegen de staat rond belangrijke onderdelen van de eigen vrijheidssfeer. Dat grond- en mensenrechten tegelijkertijd plichten behelzen, is een totalitair concept en was kenmerkend voor marxistisch-leninistische staten, waraan de scheiding tussen publiek en privaat wezensvreemd was. Daar was – om een voorbeeld te noemen – het recht op arbeid tevens een afdwingbare arbeidsplicht. Het mensenrechtenconcept dat ten grondslag ligt aan het Shell-vonnis van de Haagse rechtbank is wezensvreemd aan het rechtsstatelijke mensenrechtenconcept.

Schending van art. 6 EVRM (dispositiebeginsel)

Dat art. 3: 305a BW de mogelijkheid biedt om namens alle Nederlandse ingezetenen een procedure te voeren – ook zonder hun instemming en zelfs wetenschap – is naar mijn oordeel in strijd met het kernartikel van het EVRM, nl. art. 6 EVRM, dat het recht van burgers erkent om in geval van schending van 'zijn' burgerlijke rechten de rechter te benaderen.

Óf iemand wiens rechten worden geschonden, een procedure aanspant – en, zo ja, wat hij vordert – behoort zijn eigen vrije beslissing te zijn (het zgn.

dispositiebeginsel). Dit kan slechts anders liggen als het gaat om onmondige kinderen of onder curatele gestelden.

Op grond van art. 3:305a BW ligt dit echter ook bij een algemeen belangactie anders, althans volgens de (impliciete) opvatting van de Hoge Raad: dan mag de agerende organisatie in rechte opkomen voor de belangen van 'andere personen', bij een algemeen belang-actie tegen de Staat zelfs voor alle ingezetenen van Nederland, ook als dezen daarvoor geen machtiging hebben verleend en zelfs als ze niet eens (kunnen)
wéten dat die organisatie bezig is met het behartigen van hun belangen. Burgers als onmondige kinderen, die zelf niet weten wat goed voor ze is?

Dat is, als gezegd, in strijd met art. 6 EVRM, waaraan de rechter (op grond van art. 94 van de Grondwet) ook een wetsbepaling als art. 3:305a BW moet toetsen en die hij buiten toepassing moet laten indien hij strijdigheid vaststelt. Maar dat komt natuurlijk niet goed uit: als de Haagse rechters die strijdigheid zouden hebben geconstateerd, zouden de Urgendavonnissen en het Shell-vonnis niet mogelijk zijn geweest…

Tot slot

Het is zorgwekkend, dat zovelen in Nederland rechterlijke uitspraken toejuichen waarmee de democratie onder curatele wordt gesteld – hoewel ze vaak tegelijkertijd kritiek hebben op regimes (zoals Hongarije en Polen) waar de democratie in gedrang zou komen – en er kennelijk evenmin moeite mee hebben dat namens burgers procedures bij de rechter kunnen worden gevoerd, zonder dat ze daarmee hebben ingestemd.

Wat dat laatste betreft: het zou de pas gekozen Tweede Kamer sieren als de blunder uit 1994 – zie het begin van dit verhaal – wordt gecorrigeerd. Particulieren kunnen zichzelf wel vertegenwoordigers van het algemeen belang vinden, maar zijn het daarom nog niet.

---

[1] De briljante term 'salonpopulist 'is van Pieter van Os in zijn opiniestuk 'Het vernietigende werk van de salonpopulist' in NRC 11 sept. 2013, p. en zijn hierover

geschreven onder de titel ‘We begrijpen elkaar uitstekend’, uitg. Bert Bakker 2012,