



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing

Urgenda voor het Hof Den Haag

Besselink, L.

Publication date

2018

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. (2018). De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing: *Urgenda voor het Hof Den Haag*. *Nederlands Juristenblad*, 93(41), 3078-3082. Article 2154.
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D105EF&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

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

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing

Urgenda voor het Hof Den Haag

Leonard Besselink¹

Uit de uitspraak op het hoger beroep in de *Urgenda*-zaak valt af te leiden dat er manieren zijn om rechterlijke toetsing van beleidsdoelen te vrijwaren van machtenscheidingskritiek op toetsing aan niet-rechtstreeks werkende internationale verdragen en juridisch niet-bindende besluiten. En toch zijn er problemen met de manier waarop in dit hoger beroep door de rechter wordt omgegaan met de toetsing, nu het ook hier blijkt te gaan om reflexwerking van niet-rechtstreeks werkende en juridisch niet-bindende internationale besluiten, dit keer via de positieve verplichtingen ex artikel 2 en 8 EVRM.

Op maandag 8 oktober 2018 publiceerde het Intergouvernementele Panel voor Klimaatverandering van de VN (Panel) een nieuw rapport over de gevolgen van een temperatuurstijging van 1,5 tot 2 °C, in vergelijking met een stijging van 1,5 °C.² Beperking van de gemiddelde temperatuurstijging tot die 1,5 °C zal volgens het Panel ingrijpende maatregelen vergen, waaronder een verdere daling van de broeikasgasemissies van 40% naar 45%.

Ook werd op die dag bekend gemaakt dat William Nordhaus de Nobelprijs voor de economie ontving voor het integreren van klimaatverandering in macro-economische langetermijnplannen.³

Op dinsdag 9 oktober 2018 deed het Hof Den Haag uitspraak⁴ in het hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank⁵ van 24 juni 2015 in de zaak van Stichting *Urgenda* tegen de Staat. Het hof hield in zijn arrest het vonnis in stand, maar op gronden die vanuit constitutioneelrechtelijk standpunt meer legitiem kunnen worden genoemd dan die van de rechtbank. Maar daarmee is niet alles gezegd over de constitutionele legitimiteit van het oordeel van het hof.

Wat deed de rechtbank

De rechtbank had een bevel gegeven tot reductie van de uitstoot tot 25% ten opzichte van 1990, conform de minimum-eis van *Urgenda*. Daarmee werd de regering gedwongen het terugschroeven van de eerdere regeringsdoelstelling voor 2020 van een reductie van de uitstoot met 30%

ten opzichte van 1990 tot 20%, ongedaan te maken. De rechtbank kwam tot het percentage van 25 op grond van de vaststelling dat bij een doelstelling van minder dan 25-40% reductie de Staat zijn rechtsplicht schendt, en gegeven de beleidsvrijheid die de Staat toekomt. Die rechtsplicht en het cruciale percentage van 25, baseerde de rechtbank op – kort gezegd – internationale en Europese beleidstoezeggingen en verplichtingen (waarbij terloops ook artikel 21 Gw genoemd werd). Deze achtte de rechtbank geen van alle rechtstreeks werkend in de zin dat burgers hier rechtstreeks rechten aan kunnen ontlelen. Om 'rechtstreeks werkend' te zijn hadden de internationale bepalingen moeten voldoen aan de eisen die artikel 93 Gw stelt aan 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties'. Daarvan was naar het oordeel van de rechtbank dus geen sprake. Niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen kunnen echter wel gebruikt worden ter invulling van vage of open normen,⁶ zoals de zorgvuldigheidnorm die besloten ligt in de regeling van de onrechtmatige daad in het Burgerlijk Wetboek (artikel 6:162 BW), en de daarmee gemoeide met het voorzorgsbeginsel samenhangende zorgplicht. Daarmee geeft men zulk internationaal recht, wat wel genoemd wordt, een 'reflexwerking' in de nationale rechtsorde. Precies dit is wat de rechtbank deed.

Niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen vormden de rechtsgrond die de rechtbank als toetsingsmaatstaf nam. Weliswaar waren ook artikel 2 en arti-

Niet-rechtstreeks werkende internationale bepalingen vormden de rechtsgrond die de rechtbank als toetsingsmaatstaf nam

kel 8 EVRM (recht op leven en op privé- en familielevens) door Urgenda ingeroepen, maar omdat het een algemeen belangzaak betreft, gevoerd door een rechtspersoon die geen eigen 'recht op leven' of 'privacy' geniet, werd volgens de rechtbank niet voldaan aan het slachtoffer-criterium in de zin van artikel 34 EVRM, en slaagde het beroep op het EVRM niet.

Legitimiteit in het licht van de machtenscheiding

Een rechterlijk bevel aan de staat tot een belangrijke politieke beleidswijziging op basis van niet-rechtstreeks werkend internationaal recht is zonder twijfel aanleiding om zich af te vragen hoe dit zich verhoudt tot het politieke primaat van parlement en regering, een primaat dat in de rechtspraak erkend is als de constitutionele vorm die machtenscheiding in Nederland heeft.⁷ Is het niet zo, dat bij de grondwetwijzigingen van de jaren vijftig het de bedoeling was dat alleen rechtstreeks werkend, of 'een ieder verbindend', internationaal recht zich voor onmiddellijke toepassing door de rechter leende als het ging om het ongedaan maken van besluitvorming door de politieke organen? Was het niet de bedoeling van het huidige artikel 94 Gw een specifieke uitzondering te maken op het toetsingsverbod van artikel 120 Gw, maar dan uitsluitend als het ging om zulk burgers bindend internationaal recht en niet om internationaal recht in het algemeen – was er niet nog een aparte grondwetsherziening nodig geweest om dit buiten elke twijfel te stellen (die van

1956)?⁸ En lag daaraan niet de gedachte van machtenscheiding, en met name beperking van de rechtsmacht ten opzichte van de parlementair-democratisch gelegitimeerde politieke organen, ten grondslag?

De rechtbank voelde zich genoodzaakt relatief uitvoerige overwegingen te wijden aan het machtenscheidingsprobleem dat zij zich op de hals had gehaald, overwegingen die in de rechtsgeleerde commentaren op uiteenlopende gronden soms positief, soms negatief kritisch gewaardeerd werden.⁹

Het hof en het omzeilen van machtenscheidingsperikelen

In het hoger beroep onttrekt Hof Den Haag zich aan dit type van kritiek, en weet afstand te houden van het constitutionele mijnenveld waarin de rechter zich begeeft als hij in politiek zeer gevoelige materie vage normen invult aan de hand van normen waarvan het mogelijk al even vaag is of ze bedoeld zijn burgers rechten te verschaffen (en plichten op te leggen). De weg die het hof kiest is een koninklijke: die van de rechtstreeks werkende bepalingen van artikel 2 en 8 EVRM. De jurisprudentie van het Straatsburgse Hof kent een vaste lijn waarin ernstige vergrijpen tegen de leefomgeving en ernstig falen deze te beschermen begrepen worden als schending van het recht op privéleven (artikel 8 EVRM) en in sommige gevallen het recht op leven (artikel 2 EVRM). Het ging daarbij overigens over meer concrete gevallen van verlies van levens en inbreuken op privé- en familielevens als gevolg van rampen die veroorzaakt werden door meer dan beleidsvoornemens van een paar procent meer of minder alleen; meer concrete gevallen van zulke inbreuken mogen ook dan binnen Nederland verwacht worden, ook bij rigoureuze gevolgen van klimaatwijziging voor zover die herleidbaar zijn tot een iets hogere of lagere beleidsdoelstelling.

Om dat spoor te kunnen volgen, schuift het hof de opvatting van de rechtbank terzijde dat de Stichting Urgenda geen recht op leven of privé-leven heeft en dus geen direct of indirect slachtoffer kan zijn in de zin van artikel 34 EVRM.¹⁰ Het hof doet dat door er terecht op te wijzen dat artikel 34 EVRM uitsluitend gaat om toegang

Auteur

1. Prof. dr. L.F.M. Besselink is hoogleraar Constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam.

Noten

2. www.ipcc.ch/report/sr15/.
3. www.nobelprize.org/prizes/economics/2018/summary/.
4. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2610.
5. Rb Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.
6. Onder meer L.F.M. Besselink & R. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009 en bijlage Kamerstukken II 2009/10, 31570, 13,

p. 56-59.

7. Klassiekers die uitgaan van een onder meer aan art. 120 Gw ten grondslag liggend, maar op breder vlak grenzen stellend constitutioneel machtenscheidingsbeginsel zijn – behalve de rechtspraak over de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter (zoals HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230, ECLI:NL:HR:1984:AG4R74 en HR 12 mei 1999 ECLI:NL:HR:1999:AA2756, r.o. 3.18) – HR 19 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA1056; HR 21 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462; en HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004: A08913. Zie hierover L.F.M. Besselink, 'Verfassungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden', in: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd VI, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, p. 357-411, Rn 79-89.

8. Fleuren concludeert over deze grondwetwijziging: 'Men wilde voorkomen dat de rechter zich verplicht zou achten wettelijke voorschriften ook dan niet toe te passen indien deze toepassing onvereenigbaar is met verdragen die slechts de staten opdragen wettelijke maatregelen te treffen en er een leemte ontstaat die de rechter slechts kan opvullen door de uitvoering van een volkenrechtelijke verplichting van de wetgever ter hand te nemen en zelf rechtsregels te formuleren', J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, 2004, p. 214.
9. Onder meer N. De Boer, 'Trias politica niet opofferen voor ambitieuze klimaatpolitiek', S&D 2016/73, afl. 1, p. 40-48; M.A. Loth & R. Van Gestel, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?',

- NJB 2015/1849, afl. 37, p. 2598-2605; L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis', NJB 2015/1676, afl. 33, p. 2278-2288; G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter', AA 2016/1, p. 26-33.
10. Art. 34 EVRM: 'Individuele verzoekschriften. Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocolen daarbij zijn vervat. De Hoge Verdragsluitende Partijen verplichten zich ertoe de doeltreffende uitoefening van dit recht op generlei wijze te belemmeren.'



tot het Straatsburgse hof, en dus geen betrekking kan hebben op de inroepbaarheid van een EVRM-bepaling voor een nationale rechter: dit wordt uitsluitend beheerst door het nationale recht (r.o. 35-36). Het Nederlandse recht staat toe dat in een algemeenbelangactie rechten van burgers zoals die van het EVRM worden ingeroepen (r.o. 37). Daaraan valt toe te voegen dat, sterker nog, de rechter aan zulke rechtstreeks werkende bepalingen voorrang dient te verlenen op eventueel strijdig nationaal recht (artikel 94 Gw). Het verrast dan ook niet dat het hof de opvatting van de Staat, daarop neerkomende dat in het Nederlandse stelsel van machtscheiding, niet de rechter, maar de democratisch gelegitimeerde overheid de aangewezen instantie is om beleidskeuzes te maken, in deze zaak verwerpt 'reeds omdat er sprake is van schending van mensenrechten door de Staat waardoor maatregelen zijn geboden'. Tevens wijst het hof erop dat er wel degelijk beleidsvrijheid blijft bij de overheid, nu van een inbreuk op de rechtsplicht onder artikel 2 en 8 EVRM pas sprake is als de

beleidsdoelstelling uitkomt op een reductie van de uitstoot van broeikasgassen van minder dan 25%. Hoe de doelstelling moet worden nagekomen, laat de rechter open – dat blijft de beleidsvrijheid van de overheid (r.o. 67-69).

In zoverre kiest het hof de meer legitieme weg van toetsing aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen, waar de Grondwet in artikel 94 de rechter het mandaat voor verleent. Het gaat om het volgen van de principes van machtscheiding die de Grondwet in deze bepaling vastlegt – een uitzondering op het de Nederlandse constitutie kenmerkende machtscheidingsbeginsel dat elders in de Grondwet is neergelegd in de vorm van het beginsel van de onschendbaarheid van de wet. De door het hof gekozen weg is in zoverre meer legitiem dan de weg die de rechtbank volgde. Maar niet alles is hiermee gezegd.

Drie opmerkingen moeten worden gemaakt, die dit toch nuanceren.

Meer legitiem, maar toch niet zonder problemen: reflexwerking

Dat de overheid maatregelen moet nemen, vloeit voort uit het feit dat – conform de Straatsburgse jurisprudentie – artikel 2 en 8 EVRM positieve verplichtingen behelzen, in de sfeer van het voorkomen van ernstige inbreuken op de kwaliteit van de leefomgeving van burgers. Het is in de sfeer van de positieve verplichtingen onder de genoemde EVRM-rechten dat de niet-rechtstreeks werkende internationale verplichtingen toch weer de kop opsteken. Het gaat dan niet om reflexwerking waarbij de internationale verplichtingen worden weerspiegeld bij de invulling van een

Nog steeds zijn de niet-rechtstreeks werkende bepalingen maatgevend voor de vraag of er sprake is van een inbreuk op een rechtsplicht onder het EVRM

nationaalrechtelijke open norm, maar om weerkaatsing van niet-rechtstreeks werkende internationale afspraken bij de invulling van een rechtstreeks werkende internationaalrechtelijke verplichting in het kader van het EVRM. Maar zijn deze twee wijzen van reflexwerking zoveel verschillend van elkaar? Ik betwijfel het. Nog steeds zijn de niet-rechtstreeks werkende bepalingen maatgevend voor de vraag of er sprake is van een inbreuk op een rechtsplicht onder het EVRM. De uitleg van die bepalingen is niet onredelijk, maar waar het hier om gaat is dat het verschil tussen rechtstreeks en niet-rechtstreeks werkende normen, dus normen waaraan een burger wel of niet rechten kan ontnemen, sterk wordt gerelativeerd. Dat het de rechter is die deze rechten per saldo dus wel degelijk toekent en waarborgt, vloeit in de versie van het hof voort uit het gegeven dat aan de niet-rechtstreeks werkende normen over de band van de rechtstreeks werkende bepalingen van het EVRM gevolg wordt gegeven; artikel 2 en 8 EVRM moeten door de rechter worden gewaarborgd jegens de burger (in deze zaak vertegenwoordigd door Stichting Urgenda). In de constructie van de rechtbank waren het de rechtsnormen omtrent de onrechtmatige daad (met name de zorgplicht) die de rechter had te handhaven en waarborgen jegens de burger. Het verschil is eerder formeel dan materieel. Dat de benadering van het hof kan worden gelegitimeerd onder verwijzing naar de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof, terwijl de redenering van de rechtbank een autonoom Nederlandsrechtelijke was, doet daaraan niet af.

Waarom 25%?

Cruciaal is dat het reductiebevel toch echt betrekking moet hebben op een reductie tot 25% en niet een ander

percentage, laten we zeggen 23%. Dat het niet om een hoger percentage dan 25 kon gaan, ligt aan de manier waarop Urgenda zich procesrechtelijk gedroeg voor het hof (zie r.o. 3.9). Maar hoe zit het nu met die 25%, waar het nu net om draait; waarom moet het 25% zijn en niet de 20% waartoe Nederland zich in EU verband heeft gecommiteerd en die naar verwachting in feite een reductie van 23% of meer zal opleveren? Een nauwgezette lezing van r.o. 46-53 leert dat de 25-40% reductie zowel uitgangspunt als conclusie is, en hoewel de minimum reductie van 25% als zodanig niet een juridisch bindend percentage is, maakt het hof aannemelijk dat een lagere reductie de kans vermindert om het langere termijndoel te behalen, hetgeen dus een inbreuk oplevert op het EVRM. *So far so good*. Maar toch kan men zich afvragen hoe hard nu deze grens van 25% is, mede in het licht van het gegeven dat volgens het hof zelf bij een 20%-doelstelling in feite een reductie van 23% en waarschijnlijk meer zal worden behaald. Met andere woorden, de minimumpercentages zijn nogal fluïde. Is het rechterlijk vernuft zo groot dat rechtens zeker is dat bij een beleidsdoelstelling van 25% er geen inbreuk op grondrechten wordt gemaakt, maar bij 23% wel – terwijl de rechter eigenlijk vindt dat de inspanning idealiter hoger zou moeten zijn? Het inschatten van technische expertise, met name van het IPCC, is hier beslissend. Maar waarom de rechter dat beter kan dan de uitvoerende macht en de wetgever, blijft natuurlijk de vraag. Is het voldoende te zeggen dat het hier nu eenmaal gaat om mensenrechten, zoals het hof doet (r.o. 67), als die mensenrechten bij een procentje of 1 of 2 meer niet meer aan de orde zouden zijn? Zou het niet zo kunnen zijn dat het parlement veel beter had kunnen besluiten over die percentages, een parlement dat niet door procedurele obstakels gehinderd bovendien vrij is om veel hogere doelstellingen te formuleren (zoals ook uit het meest recente regeerakkoord blijkt)?

Wie is de Staat anders dan wetgever en uitvoerende macht

Een derde opmerking raakt aan wat al in de commentaren bij de rechtbankuitspraak aan de orde kwam: hoe zit dat met de machtenscheiding en rechterlijke bevelen? De *Urgenda*-zaak, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep betrof niet een bevel van de rechter dat als zodanig aan de wetgever is gericht, in zoverre er strikt genomen geen bevel tot wetgeving wordt uitgevaardigd. Het gaat om een bevel gericht tot de procespartij, de rechtspersoon 'de Staat'. Maar wie is dat nu eigenlijk? In principe is de rechtspersoon het politieke lichaam dat op niveau van de centrale overheid handelt door middel van de staatsorganen van de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht. In rechte, wordt deze staat vertegenwoordigd door de regering, althans de raadsman van de regering, de landsadvocaat. (Er is sinds enige tijd ook een parlementair advocaat, maar dat is een ander kantoor, en deze pleegt niet namens de Staat op te treden in rechte – hoewel het denkbaar is dat deze parlementaire advocaat dat wel doet in zaken omtrent artikel 8 Protocol 2 bij het Verdrag van Lissabon (het Subsidiariteitsprotocol)). In de teksten van het vonnis en het arrest van het hof, wordt met de Staat bedoeld de landsadvocaat, maar soms de regering (de uitvoerende macht). Soms wordt bedoeld 'de overheid' en dan

kennelijk de overheid exclusief de rechter zelf, dus de wetgevende en uitvoerende macht. Dit laatste is precies waar een dubbelzinnigheid in schuilt. Het bevel de uitstoot te (doen) reduceren tot minimaal 25% ten opzichte van de uitstoot in 1990 wordt gericht aan *zowel* de wetgever *als* de uitvoerende macht. Dit levert een probleem op voor wat betreft het verbod van rechterlijke bevelen tot wetgeving. Maar ook als het bevel zich primair of uitsluitend zou richten tot de regering, de uitvoerende macht, zijn we niet van machtscheidingsproblemen af, ook niet in juridische zin.

De noodzaak van wetgeving

De uitvoerende macht kan, ingevolge het legaliteitsbeginsel, alleen maatregelen nemen indien de wet daartoe de bevoegdheid verleent. Nu zijn er ongetwijfeld veel wettelijke instrumenten die de uitvoerende macht ter beschikking staan om het tot een reductie te laten komen, maar het lijkt toch onwaarschijnlijk dat ingrijpende maatregelen mogelijk zijn met het huidige instrumentarium in geheel ongewijzigde vorm en inhoud. De verwickelingen rond het Energieakkoord van destijds, een private afspraak tussen energieleveranciers over de sluiting van kolencentrales had niet alleen nauwelijks juridisch kracht maar bleek naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt ook onverbindend wegens strijd met het mededingingsrecht, die alleen te vermijden viel indien voor wettelijke maatregelen zou worden gekozen.¹¹ In dit licht is het arrest van het hof niet erg overtuigend voor wat betreft de vorm van de te nemen maatregelen. Wel heeft het hof gelijk als het stelt dat de inhoud van de maatregelen geheel open blijft, maar dit ontnemt niet het karakter van een rechtsplicht aan het bevel de aangeduide minimum doelstelling te behalen, een plicht die onvermijdelijk niet alleen het bestuur maar ook de wetgever bindt.

De uitvoerende macht als beleidsmaker

Stel nu dat het bevel wél opgevat moet worden als gericht niet tot de Staat, maar in wezen tot de regering, de uitvoerende macht, alleen. Maakt dit het rechterlijk bevel meer legitiem? De constitutioneelrechtelijke discussie over rechterlijke toetsing van de wet aan hoger recht, gaat er in het algemeen vanuit dat de argumenten tegen zulke toetsing specifiek op de wetgever betrekking hebben, en niet – althans niet zonder meer – opgaan voor toetsing van het handelen van de uitvoerende macht. Dit is juist. Nochtans is de constitutioneelrechtelijke discussie over machtscheiding ruimer, en terecht. Niet omdat we terug moeten naar de discussie van begin twintigste eeuw in dit land over administratiefrechtelijke rechtsbescherming. Wel omdat er toch een verschil is tussen het stellen van beleidsdoelen en de beoordeling van de rechtmatigheid van concreet, juridisch bindend overheidshandelen. Het stellen van beleidsdoelen is ook niet hetzelfde als feitelijk handelen, omdat het slechts gaat over voornemens die zich niet één op één laten vertalen in concrete besluiten.

De jurisprudentie van de Hoge Raad over het wetgevingsbevel is daarom gebaseerd op *algemene* overwegingen omtrent de verhouding tussen rechtspraak enerzijds en die van de democratisch sterker gelegitimeerde politieke organen anderzijds. De redenering in het *Waterpakt*-arrest kon de Hoge Raad dan ook doortrekken van de formele wetgever op centraal overheidsniveau naar de provinciale context: een rechterlijk bevel tot regelgeving ter naleving van juridisch bindende, rechtstreeks werkende Europese verplichtingen, behelst 'een ongeoorloofd ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers', want is een inbreuk op de 'op de Grondwet berustende verdeling van de bevoegdheden van de verschillende staatsorganen' (*Stichting De Faunabescherming/Fryslân*, r.o. 3.3.4;¹² vergelijk *Waterpakt*, r.o. 3.5).¹³ Ook in de *Urgenda*-zaak blijven toch dit soort algemene overwegingen een lastige rol spelen. Of dit voldoende is voor de regering om in cassatie kans te maken, zal de Hoge Raad ons leren. Met name zal er door de Hoge Raad duidelijkheid moeten worden geboden over de overweging omtrent de legitimiteit van de politieke organen in het algemeen, en of er wat dit betreft onderscheid moet worden gemaakt tussen beleidsvoornemens en wetgevende besluiten.

Conclusie

Wat we leren van het hoger beroep in *Urgenda* is dat er manieren zijn om rechterlijke toetsing van beleidsdoelen te vrijwaren van machtscheidingskritiek op toetsing aan niet-rechtstreeks werkende internationale verdragen en juridisch niet-bindende besluiten. Dat rechtstreeks werkende mensenrechten als die vervat in artikel 2 en 8 EVRM door de rechter moeten worden geëerbiedigd staat buiten twijfel. En toch zijn er problemen met de manier waarop in hoger beroep door de rechter wordt omgegaan met de toetsing in een zaak als *Urgenda*, nu het ook in hoger beroep blijkt te gaan om reflexwerking van niet-rechtstreeks werkende en juridisch niet bindende internationale besluiten, dit keer via de positieve verplichtingen ex artikel 2 en 8 EVRM. Bovendien wordt bij die reflexwerking een oordeel gegeven waarbij de schending of niet-schending van een grondrecht afhankelijk is van een inschatting van de effecten zoals die door technische experts in verscheidene scenario's worden geschetst, en waarbij marges van onzekerheid aanmerkelijke groter zijn dan de 2% marge die de rechter er toe brengt dat er sprake is van schending van grondrechten. Ten slotte blijft er discussie mogelijk over de vraag of de rechter bij de beoordeling van beleidsdoelen van de overheid bij het geven van een bevel omtrent een exact minimumpercentage wel blijft binnen de grenzen van de 'op de Grondwet berustende verdeling van de bevoegdheden van de verschillende staatsorganen' en of het gaat om een 'een geoorloofd ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers'. •

11. Zie onder meer *ACM toetst sluiten centrales aan wet*, www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12172/ACM-toetst-sluiten-centrales-aan-wet en *Analyse van de Auto-*

riteit Consument en Markt met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord, www.acm.nl

sites/default/files/old_publication/publicaties/12033_acm-notitie-sluiting-kolencentrales.pdf.

12. HR 1 oktober 2004,

ECLI:NL:HR:2004:AO8913.

13. HR 21 maart 2003,

ECLI:NL:HR:2003:AE8462.