

VU Research Portal

Over klimaatverplichtingen en beleidsvrijheid in coronatijd

Bleeker, Tim

published in
Milieu & Recht
2021

document version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bleeker, T. (2021). Over klimaatverplichtingen en beleidsvrijheid in coronatijd: Greenpeace tegen Nederland. *Milieu & Recht*, 2021(1), 2-6. [2021/2]. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D4AA50&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:
vuresearchportal.ub@vu.nl

Over klimaatverplichtingen en beleidsvrijheid in coronatijd: Greenpeace tegen Nederland

M en R 2021/2



1. Inleiding

Tijdens de coronacrisis blijven veel vliegtuigen aan de grond. Dat is goed voor het klimaat, maar slecht voor vliegmaatschappijen zoals KLM. De Nederlandse Staat komt met miljarden euro's over de brug om te voorkomen dat KLM omvalt. Aan die noodsteun zijn geen harde klimaatvoorwaarden verbonden. Greenpeace stapt daarom naar de rechter: volgens de milieuorganisatie mag de Staat deze uitgelezen kans om te zorgen dat KLM meer doet voor het klimaat niet zomaar laten liggen. Op 9 december 2020 is Greenpeace in het ongelijk gesteld: volgens de voorzieningenrechter is de KLM-steun niet onrechtmatig.

In dit artikel geef ik eerst een kort overzicht van de feitelijke achtergrond van de rechtszaak (par. 2). Daarna sta ik stil bij de vorderingen van Greenpeace (par. 3) en geef ik een samenvatting van de uitkomst en onderbouwing van het vonnis (par. 4). Volgens de voorzieningenrechter heeft de Staat een ruime mate van beleidsvrijheid ten aanzien van het verbinden van duurzaamheidsmaatregelen aan coronasteun (par. 5). Dat uitgangspunt lijkt me juist, maar ik plaats de kanttekening dat die beleidsvrijheid niet onbegrensd is: mijns inziens kunnen klimaatverplichtingen een kader scheppen waarbinnen coronabeleid moet worden gevormd (par. 6). Vanwege de klimaatcrisis is een groen herstel uit de coronacrisis noodzakelijk; het uitblijven van klimaatvoorwaarden aan coronasteun kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn. Zodoende rijst de vraag of de KLM-steun toch groener had moeten zijn. Die vraag beantwoord ik ontkenkend, maar in de slotbeschouwing geef ik aan de hand van de rechtszaak van Greenpeace tegen de Staat een voorzet voor een verdere discussie over klimaatverplichtingen, onrechtmatigheid en beleidsvrijheid in coronatijd (par. 7).

2. Aanleiding voor de rechtszaak

Nederland heeft een steunpakket van € 3,4 miljard in de vorm van garantiestellingen en leningen klaarliggen om te zorgen dat KLM niet failliet gaat. Een deel van de leningen

is inmiddels al verstrekt,² mogelijk volgt er later nog een steunpakket.³ Voor de miljardensteun moet KLM aan verschillende voorwaarden voldoen.⁴ Er wordt bijvoorbeeld van medewerkers een loonoffer gevraagd. Er bestaan ook voorwaarden op het gebied van duurzaamheid, waarbij vooral wordt ingezet op efficiëntie. Zo moet KLM meer bio-brandstof gaan gebruiken, moet de broeikasgasuitstoot per passagierskilometer in 2030 half zo hoog zijn als in referentiejaar 2005, en mag de totale CO₂-uitstoot van KLM in 2030 niet hoger zijn dan in 2005.⁵

Greenpeace vindt deze duurzaamheidsafspraken onvoldoende en te vrijblijvend. Volgens Greenpeace is het niet voldoende om af te spreken dat KLM efficiënter gaat vliegen, want door de verwachte toename⁶ van het aantal vliegbewegingen zal daarmee de totale broeikasgasuitstoot van KLM niet afnemen. Ook de voorwaarde dat KLM het komende decennium niet meer broeikasgassen uitstoot dan in 2005 schiet volgens Greenpeace tekort. Voor Nederland en voor veel bedrijven uit andere sectoren geldt namelijk dat ze in 2030 de uitstoot met 49% moeten verminderen ten opzichte van referentiejaar 1990, terwijl KLM tot 2030 evenveel mag blijven uitstoten als in 2005. Daar komt nog bij dat 2005 in plaats van 1990 als referentiejaar erg gunstig uitpakt voor KLM, omdat haar uitstoot in 2005 aanzienlijk hoger was dan in 1990.⁷

Greenpeace vindt het oneerlijk en onverstandig dat de klimaatvoorwaarden die worden gesteld aan KLM niet in lijn zijn met de klimaatdoelstellingen die gelden voor Nederland en voor andere bedrijven. Volgens Greenpeace wordt KLM onterecht uit de wind gehouden, en dat terwijl de Nederlandse Staat alle zeilen bij moet zetten om de klimaatdoelen te halen.⁸ Nederland loopt achter op schema, en maakt niet van de gelegenheid gebruik om te bewerkstelligen dat KLM haar broeikasgasuitstoot omlaag brengt. Dit was aanleiding voor Greenpeace om naar de rechter te stappen.

¹ Tim Bleeker is als promovendus milieuaansprakelijkheidsrecht verbonden aan het Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit van Utrecht.

² Rb. Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12440, r.o. 2.2 (hierna: het vonnis).

³ Zie het NOS-nieuwsbericht 'Overleg over nog eens miljarden aan steun voor Air France-KLM', te raadplegen op: <https://nos.nl/artikel/2356976-overleg-over-nog-eens-miljarden-aan-steun-voor-air-france-klm.html>.

⁴ Zie de 'Kamerbrief Steunmaatregelen KLM', te raadplegen op: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/06/26/kamerbrief-steunmaatregelen-klm>.

⁵ Een overzicht van de voorwaarden op het gebied van duurzaamheid kan worden gevonden in r.o. 2.5 van het vonnis.

⁶ Zie het recente rapport van Planbureau voor de leefomgeving, 'CO₂-emissie van de luchtvaart op de lange termijn', 9 november 2020, te raadplegen op <https://www.pbl.nl/sites/default/files/downloads/pbl-2020-co2-emissie-van-de-luchtvaart-op-de-lange-termijn-4041.pdf>. Zie voorts het rapport van CE Delft, 'Ontwikkelingen Nederlandse luchtvaart', te raadplegen op <https://www.ce.nl/publicaties/2275/ontwikkelingen-nederlandse-luchtvaart>.

⁷ Ten opzichte van 1990, is de totale uitstoot van de luchtvaart ruim verdubbeld in 2005: <https://www.cbs.nl/nl-nl/faq/luchtvaart/hoeveel-uitstoot-veroorzaakt-de-nederlandse-luchtvaart>.

⁸ Zie hierna onder paragraaf 6 over de klimaatdoelen.

3. Vorderingen Greenpeace

Greenpeace wil voorkomen dat de miljardensteun al uitgegeven is voordat de rechtszaak is beslecht, en daarom heeft Greenpeace gekozen voor een kort geding. In deze spoedprocedure vraagt Greenpeace de voorzieningenrechter om de Staat te verbieden de noodsteun aan KLM in de huidige vorm te verstrekken (een rechterlijk verbod). Daarnaast wil Greenpeace dat wordt afgesproken dat KLM haar emissiereductiedoelen in lijn brengt met de afspraken uit het Klimaatakkoord van Parijs (een rechterlijk bevel). Meer specifiek vordert Greenpeace dat aan de steun een jaarlijks dalend CO₂-plafond voor KLM wordt verbonden, dat KLM minder korteafstandsvluchten mag aanbieden, en meer maatregelen treft om hinder bij omwonenden te voorkomen.⁹

Net als het Urgenda-proces¹⁰ en de klimaatzaak tegen Shell,¹¹ draait deze rechtszaak niet om een schadevergoeding, maar om een rechterlijk bevel en verbod.¹² Een rechterlijk bevel in de zin van artikel 3:296 BW is mogelijk wanneer er sprake is van 1) een reële dreiging van een 2) onrechtmatige gedraging 3) jegens de eiser, en de eiser 4) voldoende belang¹³ heeft bij het gebod. In dit artikel kijk ik met een civielrechtelijk perspectief naar de vorderingen van Greenpeace: ik richt me met name op de betekenis van beleidsvrijheid voor het vaststellen van de onrechtmatigheid van overheidshandelen.

4. Oordeel

Op 9 december verscheen het vonnis. Bij de beantwoording van de vraag of op de Staat een rechtsplicht rust om aanvullende klimaatvoorwaarden te verbinden aan de coronasteun, stelt de rechter voorop dat in deze ongekennde crisis-situatie de Staat een grote mate van beleidsvrijheid toekomt voor het treffen van coronamaatregelen. Dit brengt met zich dat de civiele rechter – en zeker de kortgedingrechter – zich terughoudend moet opstellen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Staat. Er is slechts ruimte voor rechterlijk ingrijpen als *evident* is dat de Staat handelt in strijd met een (positieve) rechtsplicht. De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat de door Greenpeace gestelde verplichting om verdergaande klimaatmaatregelen te verbinden aan noodsteun, niet kon

worden afgeleid uit klimaatverdragen of uit het Urgenda-arrest.¹⁴

In dat kader wijst de voorzieningenrechter erop dat de klimaatverdragen geen betrekking hebben op internationaal vliegverkeer. De toerekening van de emissies van grensoverschrijdende luchtvaart aan individuele landen werd als te complex beschouwd. De regulering van deze emissies is daarom de verantwoordelijkheid bij de VN-organisatie voor burgerluchtvaart (ICAO). De duurzaamheidsvoorwaarden die de Staat heeft verbonden aan de noodsteun zijn in lijn met de (weliswaar beperkte)¹⁵ eisen die het ICAO stelt. De verdergaande klimaatvoorwaarden kunnen volgens de voorzieningenrechter ook niet worden gebaseerd op het Klimaatakkoord van Parijs of het Urgenda-arrest, omdat deze ook uitsluitend betrekking hebben op het terugdringen van binnenlandse emissies met uitzondering van internationaal vliegverkeer.¹⁶

De voorzieningenrechter zegt dat 'valt te begrijpen dat Greenpeace kritisch is over de klimaatdoelen die worden gesteld voor luchtmaatschappijen'.¹⁷ Hiermee lijkt de voorzieningenrechter te erkennen dat de ICAO-doelen niet in lijn liggen met de temperatuurdoelstelling en de daarbij horende reductieopgave die voortvloeien uit het Klimaatakkoord van Parijs. Dit leidt echter niet tot een ander oordeel, omdat de rechter zich niet bevoegd ziet om in te grijpen in het internationale besluitvormingsproces ten aanzien van de broeikasgasuitstoot van vliegverkeer.¹⁸ De voorzieningenrechter komt tot de slotsom dat wegens het ontbreken van een rechtens afdwingbare (positieve) verplichting van de Staat tot het verbinden van de door Greenpeace verlangde aanvullende klimaatvoorwaarden aan de KLM-steun, de vorderingen niet toewijsbaar zijn.¹⁹

5. Beleidsvrijheid

Voor Greenpeace was dit geen gemakkelijke rechtszaak. Voor de toewijzing van een rechterlijk bevel moet immers worden bewezen dat de Staat onrechtmatig handelt, en voor die onrechtmatigheid moet worden bewezen dat het gewraakte coronabeleid ten tijde van een klimaatcrisis (of zo je wilt, klimaatbeleid ten tijde van een coronacrisis) in strijd is met een rechtsplicht. Gelet op de mate van beleidsvrijheid die de Staat toekomt in de gegeven situatie, is er niet snel sprake van een harde, rechtens afdwingbare verplichting.

9 Zie r.o. 3.1-3.2. Een toelichting van deze vorderingen is te vinden op <https://www.greenpeace.org/nl/klimaatverandering/39180/klm-stoot-meer-co2-uit-dan-de-grootste-kolencentrale-van-nederland/>.

10 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, AB 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes en G.A. van der Veen, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (hierna: 'HR Urgenda').

11 Zie voor een verkenning van de klimaatzaak tegen Shell F.M. Fleurke & J.L. Smeehuijzen, 'Milieudefensie versus Shell; een verkenning', *NJB* 2018/1580.

12 De vereisten voor een rechterlijk bevel worden vaak verward met die van de schadevergoedingsactie. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.87-4.90 waarin de rechtbank criteria hanteert die niet van toepassing zijn voor art. 3:296 BW. Voor het juridisch kader van het rechterlijk bevel, zie o.a. Asser/*Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015/153; W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2018/21; en T.R. Bleeker, 'De knellende criteria van het rechterlijk bevel en verbod', in: *Vijftig Weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

13 Zie over dit vereiste T.R. Bleeker, 'Voldoende belang in collectieve acties: driemaal artikel 3:303 BW', *NTBR* 2018/20.

14 R.o. 4.2.

15 Zonder verdergaande regulering zal de broeikasgasuitstoot van de luchtvaart en scheepvaart het halen van de klimaatdoelen van het Akkoord van Parijs in gevaar brengen. Zie o.a. United Nations Environment Programme, *Emissions Gap Report 2020*, Chapter 5 'Bridging the gap – the role of international shipping and aviation' te raadplegen op <https://www.unenvironment.org/emissions-gap-report-2020>.

16 R.o. 4.3-4.7.

17 Geparafraseerd uit r.o. 4.6.

18 R.o. 4.6, waarbij de rechter ten overvloede aantekent dat zelfs als de ICAO verdergaande klimaatvoorwaarden zou stellen, dat de Staat dan alsnog een grote mate van beleidsvrijheid zou toekomen in de keuze voor concrete nationale maatregelen ter naleving van die afspraak.

19 R.o. 4.8.

Ten eerste heeft de Staat bij het treffen van maatregelen om de gevolgen van de coronacrisis voor onder meer de werkgelegenheid en de Nederlandse economie te verzachten – terecht – een grote mate van beleidsvrijheid. De Staat moet immers op basis van incomplete informatie en met snel veranderende omstandigheden allerlei botsende belangen tegen elkaar afwegen en lastige beslissingen nemen. Voor dit soort beslissingen bestaat er geen draaiboek met objectieve, duidelijke normen waaraan de rechter de gemaakte coronakeuzes kan toetsen.

Ten tweede komt de Staat ook een grote mate van beleidsvrijheid toe ten aanzien van klimaatbeleid. In het Urgenda-arrest formuleerde de Hoge Raad dan ook het uitgangspunt dat “in het Nederlandse staatsbestel de besluitvorming over reductie van de uitstoot van broeikasgassen [toekomst] aan de regering en het parlement. Zij hebben een grote mate van vrijheid om de daarvoor vereiste politieke afwegingen te maken.”²⁰ Waar het in Urgenda nog ging om een betrekkelijk algemeen gebod (25% emissiereductie in 2020) waaraan de Staat zelf nadere invulling kon geven, vordert Greenpeace in deze zaak concrete klimaatmaatregelen. Toewijzing van deze vorderingen zou dan ook een veel verdergaande inperking van de beleidsvrijheid van de Staat betekenen dan bij het Urgenda-proces het geval was.

Nog bovenop de beleidsvrijheid die de Staat toekomt op het gebied van corona- en klimaatbeleid, stelt de kortgeding-rechter zich sowieso terughoudend op. De voorzieningen-rechter moet met beperkte tijd en op basis van een beknopt juridisch debat tussen partijen en onvolledig overzicht van de relevante omstandigheden een oordeel vellen. Dan geldt het credo ‘bij twijfel afwijzen’, en dat geldt eens te meer als er sprake is van een grensverleggende rechtszaak zoals die van Greenpeace tegen de Staat.

6. Klimaatverplichtingen als begrenzing van beleidsvrijheid

Gelet op de hiervoor beschreven cocktail van rechterlijke terughoudendheid en beleidsvrijheid zal de uitkomst van het kort geding over de KLM-steun niet verbazen. Het vonnis kan misschien zelfs de indruk wekken dat de rechter in coronatijd geheel niets te zeggen heeft over klimaatbeleid. Die conclusie lijkt me echter onjuist. Een ‘ruime mate van beleidsvrijheid’ betekent immers niet een onbegrensde mate van beleidsvrijheid. In de woorden van de Hoge Raad in het Urgenda-proces: “[h]et is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij het gebruik van die vrijheid zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden.”²¹

Coronabeleid is hierop vanzelfsprekend geen uitzondering. Er bestaan rechtsplechten – geschreven en ongeschreven – die bepaalde coronaregels kunnen blokkeren, en

in uitzonderlijke gevallen zelfs een specifieke invulling van coronabeleid kunnen voorschrijven.²² Denk hierbij bijvoorbeeld aan de coronaregels die gelden voor kerken, moskeeën en andere gebedshuizen: nergens staat geschreven dat vrijheid van godsdienst ook het recht omvat dat je met meer dan dertig mensen in een gebedshuis bij elkaar mag komen om (zonder mondkapje) samen te zingen. Toch meent de regering – onder verwijzing naar het recht op vrijheid van godsdienst zoals verankerd in de Grondwet en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) – dat het juridisch niet mogelijk is om geloofsinstellingen even streng te reguleren als bijvoorbeeld theaters, voetbalstadions en bruiloften.

Op dezelfde manier is denkbaar dat klimaatrechten van burgers en de algemene reductieverplichtingen van overheden kaders stellen waarbinnen coronabeleid moet worden gevormd. De klimaatcrisis is weliswaar minder acuut dan de coronacrisis, maar minstens zo urgent en vele malen gevaarlijker. In het recent verschenen UNEP Emissions Gap Report 2020, is te lezen dat er nog altijd te weinig beleid (en zeker te weinig actie) is om de opwarming van de aarde te beperken tot de beoogde 1,5, doch maximaal 2 °C ten opzichte van het pre-industriële tijdperk: momenteel stevenen we af op meer dan 3 °C opwarming aan het einde van deze eeuw.²³

Anno 2020 is de aarde ‘slechts’ 1 °C opgewarmd, en de gevolgen zijn al duidelijk merkbaar. Denk bijvoorbeeld aan de rampzalige bosbranden in Australië en in de Verenigde Staten,²⁴ het recordaantal orkanen²⁵ en aan de alarmerende versnelling van het afsmelten van landijs.²⁶ Ook in Nederland hebben we gemerkt dat het klimaat verandert: zo werd in augustus de warmste week ooit gemeten, en kampen we met een ernstig neerslagtekort.²⁷ De huidige mate van opwarming is dus al zorgwekkend, maar de opwarming van de aarde met 3 of meer °C is ‘catastrofaal’ te noemen.²⁸ Bij dergelijke klimaatverandering zullen ecosystemen het beleven, zal de zeespiegelstijging verder versnellen, worden weersomstandigheden extremer, raken delen van de wereld onbewoonbaar en ga zo maar door.²⁹

22 Dit blijkt ook uit het vonnis van Greenpeace tegen de Staat, r.o. 4.2 en 4.8.

23 United Nations Environment Programme, Emissions Gap Report 2020, te raadplegen op <https://www.unenvironment.org/emissions-gap-report-2020>. Zie voorts voor de ‘key messages’ <https://www.unenvironment.org/emissions-gap-report-2020>.

24 Cijfers over de bosbranden kunnen worden geraadpleegd op <https://www.theguardian.com/environment/ng-interactive/2020/feb/11/counting-the-cost-of-australias-summer-of-dread> en <https://www.fire.ca.gov/stats-events/>.

25 <https://www.noaa.gov/news/2020-atlantic-hurricane-season-takes-infamous-top-spot-for-busiest-on-record#:~:text=With%20less%20than%20a%20month,the%20most%20active%20on%20record.>

26 <https://climate.nasa.gov/news/3023/2020-arctic-sea-ice-minimum-at-second-lowest-on-record/>.

27 <https://www.knmi.nl/over-het-knmi/nieuws/recordwarme-week>.

28 “[T]he world is still heading for a catastrophic temperature rise above 3°C this century – far beyond the goals of the Paris Agreement.” (curs. TRB) <https://www.unenvironment.org/emissions-gap-report-2020>.

29 Zie T.R. Bleeker, ‘HR Urgenda: klimaatverandering en het klimaatbevel nader bekeken’, *NTBR* 2020/6, par. 2 voor een nadere omschrijving van de oorzaken en gevolgen van klimaatverandering, waarbij ik ook inga op de gevolgen voor Nederland.

20 HR Urgenda, r.o. 8.3.2.

21 HR Urgenda, r.o. 8.3.2.

Om het tij te keren moet de mondiale broeikasgasuitstoot op korte termijn ingrijpend worden gereduceerd. De komende jaren zijn bepalend voor het al dan niet halen van het 1,5 graden-doel. Gelet op de dreiging van klimaatverandering, is het letterlijk van existentieel belang dat landen hun klimaatverplichtingen ter harte nemen. In het Urgenda-arrest is in rechte vastgesteld dat Nederland een deelverantwoordelijkheid heeft om op korte termijn de Nederlandse broeikasgasuitstoot omlaag te brengen. Het is nog onzeker of Nederland het Urgenda-doel van 25% emissiereductie in 2020 ten opzichte van 1990 heeft gehaald.³⁰ Ook in de recent verschenen Klimaat- en Energieverkenning is te lezen dat er “forse extra stappen nodig zijn om de nationale doelstelling in 2030 te halen”.³¹ Het huidige Nederlandse klimaatbeleid schiet tekort, en het is onduidelijk of en hoe Nederland ervoor gaat zorgen dat de klimaatverplichtingen worden nageleefd. Een overtreding lijkt aanstaande.

7. Slotbeschouwing: is de KLM-steun toch in strijd met de (ongeschreven) rechtsplicht van een ‘Low Carbon-recovery’?

De noodzaak om de broeikasgasuitstoot snel en ingrijpend te reduceren, heeft ook gevolgen voor de manier waarop de coronacrisis moet worden aangepakt. Er bestaat brede internationale consensus dat bij het adresseren van de coronacrisis een ‘low carbon recovery’ nodig is.³² Ook in Nederland adviseren verschillende experts (waaronder de drie grote planbureaus³³ – het PBL, CPB en SCP – en De Nederlandsche Bank³⁴) om de miljarden euro’s aan coronasteun ook te gebruiken om problemen zoals de klimaatcrisis aan te pakken. De consensus ten aanzien van de noodzakelijkheid van ‘groen herstel’ uit de coronacrisis is ook rechtens relevant: deze omstandigheid kan bijvoorbeeld doorwerken in de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 lid 2 BW. Op die manier kan het uitblijven van verdergaande klimaatvoorwaarden aan coronasteun – ook wanneer klimaatverdragen of internationale afspraken geen directe verplichtingen opleveren – onder omstandigheden naar nationale maatstaven toch onrechtmatig zijn.

Artikel 6:162 lid 2 BW bepaalt dat een ‘doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ onrechtmatig is. Kenmerkend voor deze zogenoemde ‘maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm’ is zijn contextgebonden karakter. Er bestaat geen limitatieve lijst van ongeschreven zorgvuldigheidsplichten die kunnen worden gebaseerd op artikel 6:162 lid 2 BW. Integendeel: juist omdat ze voortvloeien uit het ongeschreven recht zijn de mogelijkheden eindeloos. Zorgvuldigheidsnormen kunnen en moeten van geval tot geval worden vastgesteld, op basis van de concrete omstandigheden van het geval.³⁵ Zodoende rijst de vraag hoe de Staat ‘zich betaamt te gedragen’ ten aanzien van het reguleren van vliegmaatschappijen. De rechter kan hierbij acht slaan op onder meer algemene rechtsbeginselen; mensenrechten; wetgeving; jurisprudentie; rechtsovertuigingen die heersen in de gemeenschap; en het oordeel van deskundigen.³⁶

Wat betekent dit voor de rechtszaak over de KLM-steun? Zoals gezegd heeft Greenpeace een rechterlijk bevel en een rechterlijk verbod gevorderd: een verbod om de KLM-steun in de huidige vorm te verbieden, en een bevel om aan de noodsteun specifieke duurzaamheidsvoorwaarden te verbinden. Ik begrijp goed waarom het rechterlijk bevel is afgewezen: de reductieverplichtingen van de Staat waarop Greenpeace zich beroept hebben een algemeen karakter waarbij de Staat veel beleidsruimte toekomt voor de concrete invulling van die verplichtingen. Voor het opleggen van de specifieke klimaatvoorwaarden die Greenpeace vordert zie ik op het eerste gezicht onvoldoende aanknopingspunten in het (ongeschreven) recht.³⁷

De toewijzing van het rechterlijk verbod achtte ik daarentegen weliswaar onwaarschijnlijk, maar niet kansloos. Mogelijk zou de rechter op basis van deze ongeschreven zorgvuldigheidsnorm een ondergrens kunnen ontwaren waaraan het steunpakket voor KLM in de huidige vorm niet voldoet. Voor deze conclusie bestaan verschillende argumenten. Allereerst kan erop worden gewezen dat de temperatuurdoelstelling uit het klimaatakkoord van Parijs – die ook wordt onderschreven door Nederland en waarvoor de Staat ook een deelverantwoordelijkheid heeft – alleen haalbaar is wanneer bedrijven met een grote broeikasgasuitstoot ook een steentje bijdragen. Het is geen geheim dat de luchtvaart een grote bijdrage levert aan de mondiale broeikasuitstoot, en dat de huidige ICAO-regels voor burgerluchtvaart niet in lijn liggen met de temperatuurdoelstelling van Parijs.³⁸ De ondermaatse broeikasgasreductie van luchtvaart heeft als gevolg dat burgers en bedrijven uit

30 R.o. 3.2. Zie voorts het NOS-nieuwsbericht van 30 oktober 2020, ‘Of Nederland de Urgenda-doelstelling haalt is nog steeds hoogst onzeker’, te raadplegen op <https://nos.nl/artikel/2354478-of-nederland-de-urgenda-doelstelling-haalt-is-nog-steeds-hoogst-onzeker.html>.

31 Planbureau voor de Leefomgeving, ‘Klimaat- en Energieverkenning 2020’, p. 6, te raadplegen op <https://www.pbl.nl/publicaties/klimaat-en-energieverkenning-2020>.

32 Zie onder veel meer UNEP GAP Report 2020, o.a. p. XIII en p. 33; de aanbevelingen van het OECD: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-the-low-carbon-transition-impacts-and-possible-policy-responses-749738fc/>; de aanpak van de Europese Commissie: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en; de studie van McKinsey, <https://www.mckinsey.com/business-functions/sustainability/our-insights/how-a-post-pandemic-stimulus-can-both-create-jobs-and-help-the-climate>; en de standpunten van het IMF: <https://www.imf.org/en/Topics/climate-change/green-recovery>.

33 NOS 9 oktober 2020, ‘Planbureaus: pak in coronacrisis ook klimaatverandering en sociale kloof aan’, <https://nos.nl/artikel/2351612-planbureaus-pak-in-coronacrisis-ook-klimaatverandering-en-sociale-kloof-aan.html>.

34 DNBulletin 28 mei 2020, ‘DNB roept op tot groen herstel uit de coronacrisis’, <https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2020/dnb388941.jsp>.

35 K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.4.1.

36 K.J.O. Jansen, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.9; J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?’, *VR* 2017/125.

37 Het rechterlijk bevel moet in overeenstemming zijn met de rechtsplicht die aan het bevel ten grondslag ligt. Zie over dit congruentie-vereiste Nuninga 2018.

38 United Nations Environment Programme, *Emissions Gap Report 2020*, Chapter 5 ‘Bridging the gap – the role of international shipping and aviation’.

andere sectoren een (nog) grotere bijdrage moeten leveren aan het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering.

Klimaatverdragen, het Urgenda-arrest en de Klimaatwet hebben geen betrekking op de internationale luchtvaart. Maar dat verandert niet dat Nederland in de gelegenheid is om de broeikasgasuitstoot van KLM aan banden te leggen, en dat KLM een enorme klimaatvoetafdruk heeft. In 2018 bedroeg de CO₂-uitstoot van KLM bijna 5% van de totale Nederlandse uitstoot.³⁹ Ter vergelijking: dat is meer dan de uitstoot van de Eemshavencentrale, de grootste en één van de nieuwste kolencentrales in Nederland. Deze vergelijking maakt wellicht ook duidelijk waarom uit blijven van verdergaande klimaatmaatregelen voor KLM als onrechtvaardig kan worden ervaren: terwijl de Eemshavencentrale al in 2030 haar deuren weer moeten sluiten ten behoeve van de Nederlandse klimaatdoelen, en terwijl bedrijven uit andere sectoren worden verplicht om hun broeikasgasuitstoot in hoog tempo te reduceren, mag KLM op basis van de huidige afspraken het komende decennium nog evenveel uitstoten als in 2005.⁴⁰

Bij het vaststellen van 'hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' is mijns inziens ook relevant dat in de Nederlandse gemeenschap veel draagvlak bestaat voor het stellen van duurzaamheidsvoorwaarden aan coronasteun. Uit een enquête van onderzoeksbureau Ipsos en ABN Amro blijkt dat een meerderheid van de Nederlandse bevolking voor is.⁴¹ Uit een ander onderzoek blijkt dat de helft van de Nederlanders wil dat de luchtvaart krimpt, en dat er nog nauwelijks voorstanders zijn van een groei van het aantal vluchten.⁴² De onvrede over de luchtvaart uit zich ook op andere manieren: wie een willekeurige krant openslaat en zoekt naar opiniestukken over KLM, zal op een hele stroom van kritiek en verontwaardiging stuiten. In het maatschappelijk verkeer lijkt het niet bepaald betaamelijk dat het totaal aantal vluchten van KLM het komende decennium nog mag toenemen.

Tel hier de eerdergenoemde aanbevelingen van experts en de dreigende overtreding van de Nederlandse reductieverplichting bij op, en dan komt er wellicht toch op grond van de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 lid 2 BW een ondergrens in beeld voor de beleidsvrijheid die de Staat toekomt ten aanzien de vormgeving van de KLM-steun. Ik had me daarom best kunnen voorstellen dat een

rechter die doordrongen is van de ernst van het klimaatprobleem en van de enorme omvang van de klimaatopgave die Nederland boven het hoofd hangt, tegen de Staat had gezegd: 'als we het erover eens zijn dat de klimaatregels voor de internationale luchtvaart tekortschieten, en aangezien u me niet kunt uitleggen op welke manier u uw eigen reductieverplichtingen zult naleven, kunt u dan in ieder geval nog eens kijken naar de afspraken die u maakt met grote vervuilers zoals KLM?'⁴³ Iets vergelijkbaars – zij het in een iets andere context – gebeurde in Engeland, waar het Court of Appeal de voorgenomen uitbreiding van Heathrow Airport voorwaardelijk blokkeerde omdat niet was onderbouwd hoe deze uitbreiding kon worden verenigd met de Engelse klimaatdoelstellingen.⁴⁴

Maar nogmaals, ik achtte de toewijzing van een (voorwaardelijk) rechterlijk verbod niet kansloos, maar wel onwaarschijnlijk. Het vaststellen van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm vergt een grondige bestudering en afweging van alle omstandigheden van het geval – grondiger dan mogelijk is in een kortgedingprocedure of in de context van dit artikel. Ik ben het dan ook niet oneens met de uitkomst van de rechtszaak. Uiteindelijk overheerst bij mij toch het gevoel dat dit geschil te complex en politiek gevoelig is voor beslechting door een rechter in een spoedprocedure.

Of Greenpeace een bodemprocedure begint of in spoedhoger beroep gaat, moet nog blijken. Hoewel de vorderingen van Greenpeace niet van de grond zijn gekomen, geeft deze turbulente rechtszaak wel aanleiding om de discussie te voeren over hoe het noodzakelijk geachte 'groene herstel' uit de coronacrisis juridisch vorm moet krijgen. In deze paragraaf heb ik aan de hand van de rechtszaak over KLM-steun in vogelvlucht een op-de-situatie-toegesneden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm verkend op basis waarvan 'onduurzame coronasteun' onrechtmatig kan worden geacht; maar er zijn andere gevalstypen en andere aanvliegroutes denkbaar. Ook in coronatijd moeten Staten zoals Nederland hun deelverantwoordelijkheid voor (het oplossen van) het klimaatprobleem ter harte nemen. Daarom hoop ik dat deze rechtszaak over KLM-steun de eerste tussenstop is op weg naar een (juridische en maatschappelijke) discussie over wat rechtens de juiste aanpak is van de coronacrisis ten tijde van deze klimaatcrisis.

39 Tijdens kortgedingzitting stelde Greenpeace dat de uitstoot van KLM in 2019 zelfs 7% van de totale Nederlandse broeikasgasuitstoot bedroeg. <https://www.nrc.nl/nieuws/2020/11/18/greenpeace-staat-moet-meer-eisen-stellen-aan-klm-a4020620>.

40 Zie voor de berekening van de uitstoot van KLM <https://www.ce.nl/publicaties/2326/co2-emissies-van-klm-en-schiphol>; en voor de Nederlandse emissieregistratie de website van de rijksoverheid: <http://www.emissieregistratie.nl/erpubliek/erpub/international/broeikasgassen.aspx>.

41 *Het Financieele Dagblad*, 'Meerderheid Nederlanders voor groene eisen noodsteun', te raadplegen op <https://fd.nl/economie-politiek/1345829/meerderheid-nederlanders-voor-groene-eisen-aan-noodsteun>.

42 *Het Parool* 21 november 2020, 'Helft Nederlanders wil krimp luchtvaart, maar kabinet werkt nog altijd aan groei', te raadplegen op <https://www.parool.nl/nederland/helft-nederlanders-wil-krimp-luchtvaart-maar-kabinet-werkt-nog-altijd-aan-groei-ba47e828/>.

43 Over de mogelijkheid om concrete maatregelen die in strijd zijn met het Urgenda-doel voorwaardelijk te verbieden, zie A.G. Castermans & W.Th. Nuninga, 'Urgenda als civielrechtelijk geschil', te verschijnen in *MvV* 2020 nr. 6.

44 R. (On the application of Planet B Earth) v Secretary of State for Transport, [2020] EWCA Civ 214, zie m.n. par. 85, gevonden in Castermans en Nuninga 2021. Anders dan bij de KLM-rechtszaak het geval is, had het Britse parlement zichzelf verplicht bij toekomstige wetgeving duidelijk te maken hoe de voorgenomen maatregelen zich verhouden tot de Parijse klimaatdoelen. Het lijkt me verdedigbaar dat in Nederland deze verplichting kan worden gebaseerd op het Urgenda-arrest.