

# Proportionaliteit in de klimaatdiscussie

51

Redactioneel

Eind vorig jaar besprak de *Vereniging voor Milieurecht* haar preadvies over de juridische gevolgen van klimaatverandering. Marga Robesin laat in haar onderdeel zien dat in het privaatrecht een aantal complexe vormen van causaliteit onderscheiden wordt en oordeelt vervolgens dat het probleem van de klimaatverandering een vorm van cumulatieve causaliteit betreft (dat wil zeggen: meerdere oorzaken die in combinatie met elkaar tot schade leiden), zodat zo veel mogelijk bekende veroorzakers gedaagd zullen moeten worden om tot een enigszins omvattende vergoeding te geraken.<sup>1</sup> Dat is bij klimaatschade geen eenvoudige opgave.

Een wisseling van de seizoenen verder, vraag ik mij nog steeds<sup>2</sup> af of dan niet ook een andere causale 'insteek' gekozen kan worden. Ligt tegenwoordig een keuze voor de 'proportionele aansprakelijkheid' zoals geaccepteerd in het arrest *Nefalit/Karamus*<sup>3</sup> niet veel meer voor de hand? In die uitspraak is, als bekend, een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid. Het betrof een werknemer, Karamus, wiens longkanker veroorzaakt kon zijn door asbestblootstelling bij zijn werkzaamheden, maar tevens door het jarenlang roken van Karamus zelf, of door een combinatie van beide. Karamus heeft recht op een vergoeding van een deel van zijn schade, aldus de Hoge Raad, te weten dat deel dat door een deskundige is bepaald als afkomstig van de onzorgvuldige asbestblootstelling.

Deze gedachte sluit aan bij het eerder door Faure<sup>4</sup> en Spier<sup>5</sup> geopperde idee dat gevallen van milieuaansprakelijkheid en 'sluipende schade' via vormen van proportionele aansprakelijkheid afgewikkeld moeten worden. Toepassing van dezelfde notie als het gaat om aansprakelijkheid voor 'climate change', althans van een poging daartoe, ligt na *Nefalit/Karamus* voor de hand, want die problematiek is sterk verwant met de notie van sluipende schade.

Het probleem is vervolgens opnieuw – toegegeven: het is van gigantische proporties – dat het mogelijke aandeel (in procenten of zelfs promillen) van een enkele gedaagde aan de totale wereldwijde klimaatschade te gering zal zijn voor toepassing van de *Nefalit/Karamus*-regel.<sup>6</sup> De wetenschap dat klimaatschade cumulatief door vele honderdduizenden 'daders' veroorzaakt wordt die allemaal slechts voor een extreem klein deel van de 'global warming' en de daaruit resulterende schade verantwoordelijk zijn, is onverenigbaar met de uitspraak van de Hoge Raad dat bij een te laag percentage de aansprakelijkheid geheel moet worden afgewezen. Bovendien, de Hoge Raad heeft ook beslist dat deze proportionaliteitsleer terughoudend moet worden toegepast én dat de kans op schade een 'niet zeer kleine kans' moet zijn.<sup>7</sup>

Echter, omdat geen enkel juridisch discours zich aan 'tegenderenken' onttrekt, zal ook tegen deze redenering wel iets ingebracht kunnen worden, toch? Natuurlijk. Bijvoorbeeld de gedachte van een dagvaarding voor die enkele grotere vervuilers die er ook zijn, zoals staten (China, India, de V.S.) die geen schadebeperkende maatregelen nemen, of overkoepelende organisaties van bedrijven binnen een

1 Zie M.A. Robesin, 'Who done it? Multicausaliteit en klimaatschade', in: E.H.P. Brans e.a., *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Bju 2011, p. 199-201 (hierna: Robesin 2011) en HR 23 september 1988, NJ 1989/743 (*Kalimijnen*).

2 Zie NTBR 2012/9.

3 HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).

4 M.G. Faure, *(G)Een schijn van kans*, Antwerpen: Maklu 1993.

5 J. Spier, *Sluipende schade*, Deventer: Kluwer 1990.

6 Chr.H. van Dijk, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde', *NJB* 2007, afl. 45-46.

7 HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis Bank/Bourgonje*).

bepaalde sector die de leden niet voldoende aansporen om 'iets' te doen.<sup>8</sup> Zo blijkt dat er wel degelijk mogelijkheden bestaan om bij gedaagden 'uit te komen' die wel halve of zelfs hele procenten van de CO<sub>2</sub>-uitstoot in een land veroorzaken, zodat de gevreesde drempelwaarde wellicht wel te halen is. Dat zou eens temeer een optie kunnen blijken als specifiek ten aanzien van klimaatschade (opnieuw) discussie gevoerd zou worden over de vraag of die ondergrens van de Hoge Raad niet helemaal uitgebannen kan worden of dat die grenswaarde best ook extreem laag, bijvoorbeeld op een promisse, zou kunnen liggen. Dat is mijns inziens denkbaar als de totale schade groot genoeg is, want dan is een promisse daarvan ook nog heel veel.

Voor die discussie is temeer reden als we bezien welke mogelijkheden het *Nefalit/Karamus*-arrest biedt als de daarin geaccepteerde vorm van 'proportionaliteit' gezien wordt voor wat deze werkelijk is, namelijk een aansprakelijkheid met aftrek van de eigen 'verantwoordelijkheid' van de benadeelde, dus - met Kortmann - een 'gedeeltelijke aansprakelijkheid'.<sup>9</sup> Vooropstaat vergoeding van de gehele schade, gevolgd door een vermindering in evenredigheid met het aandeel dat aan de werknemer zelf is toe te rekenen (roken en natuurlijke oorzaken). Vertaald naar het klimaat: de Amerikaanse overheid die onrechtmatig weigert maatregelen tegen klimaatverandering te nemen, is 100% aansprakelijk onder aftrek van het aandeel van de andere schadeveroorzakende omstandigheden en gebeurtenissen welke aan de eisende partij(en) toe te rekenen zijn. Dat laatste aandeel kan heel groot zijn (andere industrieën en overheden, miljarden gewone mensen), maar het vertrekpunt is dan wel dat er schadevergoeding wordt toegekend en er opent zich een perspectief voor klimaatvriendelijke rechtsontwikkeling.

De rechtvaardiging voor deze route is dat anders elke mogelijke vorm van klimaataansprakelijkheid spaak loopt op de causaliteitseis, ook als zeker is dat er onzorgvuldig gehandeld is.<sup>10</sup> Daarmee wordt ten onrechte een vrijbrief verschaft aan vervuilers. Anders gezegd: een 'tegemoetkoming' is nodig om te zorgen dat het aansprakelijkheidsrecht - op instrumentele wijze benut<sup>11</sup> - een bijdrage kan leveren aan de handhaving van haar eigen zorgvuldigheidsnormen.

8 In de V.S. speelde al een zaak tegen de *Environmental Protection Agency*, zie Robesin 2011, p. 193-195.

9 Zie J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?', *NJB* 2006, afl. 26, p. 1409-1411, en recent in: *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 52-58. De Hoge Raad zelf spreekt echter over proportionele aansprakelijkheid, zie Jaarverslag 2005-2006, Den Haag 2007, p. 72.

10 Ook de Hoge Raad wijst hierop, zie HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251 (*Fortis Bank/Bourgonje*). Eerder o.a. I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 58, met verdere verwijzingen.

11 Kritisch o.a. J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry*, Amsterdam: AUP 2009.