

Een urgente dialoog

Over de ontvankelijkheid van belangenorganisaties die een beroep doen op artikel 2 en 8 EVRM voor de nationale rechter en het EHRM

Maria Bouwman¹

In deze bijdrage wordt ingegaan op de gevolgen van artikel 34 EVRM voor de ontvankelijkheid van stichtingen en belangenverenigingen die een beroep doen op artikel 2 en 8 EVRM bij de nationale rechter dan wel bij het EHRM. Daartoe wordt eerst de rol van verzoeker en het slachtofferschap van belangenorganisaties in deze context onderzocht. Vervolgens komt de toepasselijkheid van artikel 34 EVRM voor de nationale rechter aan de orde, en daarna de toepassing van dit artikel vanuit het perspectief van het Nederlandse juridisch kader, de doctrine van het EHRM, van andere mensenrechteninstanties en vanuit het perspectief van de rechter in de meerlagige rechtsorde. Tot slot wordt betoogd waarom, gezien de diverse perspectieven, de Hoge Raad in *Urgenda* de aanzet zou moeten geven tot een ruimere interpretatie van artikel 34 EVRM.

Op 9 oktober 2018 wees het Hof Den Haag arrest in de *Klimaatzaak* van stichting Urgenda tegen de Nederlandse staat.² Hiermee bekrachtigde het hof de uitspraak van de Rechtbank Den Haag, die in 2015 oordeelde dat de Nederlandse Staat in 2020 de CO₂-uitstoot met ten minste 25% moest verminderen ten opzichte van 1990.³ Het hof ging zelfs nog een stap verder in de toepassing van het EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens): waar de rechtbank nog oordeelde dat aan rechtspersonen als stichting Urgenda geen rechtstreeks beroep op artikel 2 of 8 EVRM toekwam op grond van artikel 34 EVRM, meende het hof dat op deze vraag niet artikel 34 EVRM van toepassing was, maar het nationale recht.⁴ Hierdoor wordt de drempel van artikel 34 EVRM, dat ontvankelijkheidseisen stelt aan een beroep op het EVRM, geheel ontweken.

De gevolgen van het al dan niet toepassen van artikel 34 EVRM zijn belangrijk. Zonder toepassing van het artikel, kunnen stichtingen en belangenverenigingen

makkelijker de belangen van burgers voor de rechter vertegenwoordigen. Bij toepassing van artikel 34 EVRM op nationaal niveau, bestaat de kans dat stichtingen en belangenverenigingen niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen. Dit zou betekenen dat burgers voor de Nederlandse rechter individueel hun vorderingen zouden moeten instellen, of dat de rechter gebruik zou moeten maken van ingewikkelde constructies zoals de reflexwerking van de verdragsnormen via de *Kelderluik*-criteria in de rechtbankuitspraak in *Urgenda*.⁵ De Staat heeft cassatiegronden gericht tegen het ontvankelijkheidsoordeel van het hof met betrekking tot het beroep op het EVRM.⁶ Het is de vraag welke lijn de Hoge Raad zal volgen in zijn aankomende arrest.

Mocht de Staat in cassatie succesvol zijn, dan zal stichting Urgenda over de gestelde mensenrechtenschendingen mogelijk verder willen procederen bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Voor deze procedure staat vast dat de ontvankelijkheidsdrempel van artikel 34 EVRM van toepassing is. Het is echter onduidelijk of stichtingen en belangenverenigingen als Urgenda, die een beroep doen op artikel 2 en 8 EVRM, over deze drempel heenkomen. Met name het slachtofferschap van belangenorganisaties bij een beroep op een schending van het recht op (privé-)leven, is in het verleden complex gebleken.⁷

In deze bijdrage wordt ingegaan op de gevolgen van artikel 34 EVRM voor de ontvankelijkheid van stichtingen

De gevolgen van het al dan niet toepassen van artikel 34 EVRM zijn belangrijk

en belangenverenigingen die een beroep doen op artikel 2 en 8 EVRM voor de nationale rechter en het EHRM. Hierbij behandel ik eerst de rol van verzoeker en het slachtofferchap van belangenorganisaties die een beroep doen op artikel 2 en 8 EVRM. Vervolgens komt de toepasselijkheid van artikel 34 EVRM voor de nationale rechter aan de orde, en daarna de toepassing van artikel 34 EVRM vanuit het perspectief van het Nederlandse juridisch kader, van de doctrine van het EHRM, andere mensenrechteninstanties en vanuit het perspectief van de rechter in de meermalige rechtsorde. Tot slot betoog ik waarom, gezien de diverse perspectieven op artikel 34 EVRM die aan de orde zijn gekomen, de Hoge Raad in *Urgenda* de aanzet zou moeten geven tot een ruimere interpretatie van het artikel bij een beroep op artikel 2 EVRM.

Verzoekers en slachtofferschap

Artikel 34 EVRM stelt twee eisen voor ontvankelijkheid van een klacht bij het EHRM: de verzoeker moet tot een van de genoemde categorieën van verzoekers behoren en hij moet stellen dat hij slachtoffer is van een schending van een van de materiële Verdragsartikelen.⁸ Stichtingen en belangenverenigingen die procederen op grond van artikel 2 en 8 EVRM, zoals *Urgenda* of Milieudefensie, vallen als verzoeker binnen de ruim geïnterpreteerde ngo-categorie.⁹ Een andere mogelijkheid voor stichtingen en belangenverenigingen is om een klacht in te dienen als (vertegenwoordiger van) een groep van personen. Hierbij moet het gaan om een groep die 'in a regular way' naar nationaal recht tot stand gekomen is.¹⁰ Aangezien stichtingen en belangenverenigingen naar Nederlands recht tot stand komen op grond van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en kunnen procederen op grond van de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA), kunnen zij beschouwd worden als vertegenwoordiger van een groep personen.¹¹ Wel geldt dan het vereiste dat zij een identificeerbare groep vertegenwoordigen,¹² wat bij

zaken over luchtvervuiling en klimaatverandering problematisch zou kunnen zijn.

Het vereiste van slachtofferschap sluit volgens het EHRM aan bij de doelstellingen van het EVRM. Het doel van het Verdrag is niet om een *actio popularis* te faciliteren, waarbij over overheidshandelingen geklaagd kan worden enkel omdat deze tegen het Verdrag zouden ingaan, maar om – in concrete gevallen – individuele rechten te beschermen.¹³ In de jurisprudentie over artikel 34 EVRM worden verschillende soorten slachtofferschap onderscheiden: direct slachtofferschap, indirect slachtofferschap¹⁴ en potentieel of toekomstig slachtofferschap.¹⁵ Aangezien belangenorganisaties op grond van artikel 2 en 8 EVRM doorgaans procederen over voornamelijk toekomstige risico's, zoals klimaatverandering en luchtvervuiling, is voor hen het potentieel of toekomstig slachtofferschap van belang.¹⁶ Hierbij is voor slachtofferschap enkel nog het ontstaan van de (zeer waarschijnlijke) situatie waarin de verzoeker daaronder valt noodzakelijk.¹⁷ Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een verzoeker bij uitvoering van een voorgenomen uitzetting, in zijn land van herkomst wordt blootgesteld aan een risico op marteling of de doodstraf.¹⁸

Voor het vaststellen van slachtofferschap is van groot belang op welke bepaling van het EVRM een beroep wordt gedaan.¹⁹ Hoe groter de omvang van de verplichtingen van de Staat, hoe groter de kring van potentiële

Voor het vaststellen van slachtofferschap is van groot belang op welke bepaling van het EVRM een beroep wordt gedaan

Auteur

1. Mr. M. Bouwman studeert op dit moment Encyclopedie en Filosofie van het Recht aan de Universiteit Leiden. Dit artikel is een bewerking van haar gelijknamige scriptie voor de master *Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht*. Zij dankt haar begeleider, prof. dr. mr. Eddy Bauw, voor zijn begeleiding bij het schrijven van de scriptie en zijn commentaar op dit artikel.

Noten

2. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*).
3. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).
4. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.43; Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*), r.o. 35-36.
5. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*),

r.o. 4.43 e.v.
6. Kamerstukken II 2018/19, 32813, 268, p. 10-13.
7. O.a. EHRM 29 september 2009, 19221/08 (*Van Melle e.a./Nederland*).
8. EHRM 7 oktober 2004, 47978/99 (*Vatan/Rusland*), r.o. 38; zie ook EHRM 19 oktober 2000, 43716/98 (*Susini e.a./Frankrijk*).
9. O.a. De Vylder & Haec, in: *SDU Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* 2015, art. 34 EVRM, aant. C.2.1.3 (online, bijgewerkt 15 juni 2015); vgl. EHRM 9 december 1994, 13092/87, 13984/88 (*Holy Monasteries/Griekenland*), r.o. 48-49; EHRM 7 december 2006, 35841/02 (*Österreichischer Rundfunk/Oostenrijk*) en EHRM 23 september 2003, 53984/00 (*Radio France e.a./Frankrijk*), r.o. 26.
10. Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 46 onder verwijzing naar ECieRM DH(54)3, p. 8.
11. Vergelijk ECieRM 21 maart 1975,

6538/74 (*Times Newspaper Ltd. e.a./Verenigd Koninkrijk*); ECieRM 7 maart 1977, 7565/76 (*Conscientious objectors/Denemarken*).
12. ECieRM 21 maart 1975, 6538/74 (*Times Newspaper Ltd. e.a./Verenigd Koninkrijk*); ECieRM 7 maart 1977, 7565/76 (*Conscientious objectors/Denemarken*).
13. O.a. EHRM 6 september 1978, 5029/71 (*Klass/Duitsland*), r.o. 33.
14. O.a. EHRM 8 maart 2005, 24790/04 (*Fairfield e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 7 november 2013, 29381/09, 32684/09 (*Valianatos e.a./Griekenland*).
15. O.a. EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*); zie ook EHRM 29 oktober 1992, 14234/88, 14235/88 (*Open Door Counselling Ltd. en Dublin Well Woman Centre/Ierland*).
16. Zie Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*), r.o. 28-29; Hof Den Haag 7 mei 2019,

ECLI:NL:GHDHA:2019:915 (*Luchtvervuiling*), r.o. 1.19 en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.11.7.
17. D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2009, p. 791 onder verwijzing naar EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*); zie ook EHRM 29 oktober 1992, 14234/88, 14235/88 (*Open Door Counselling Ltd. en Dublin Well Woman Centre/Ierland*); EHRM 25 februari 1982, 7511/76, 7743/76 (*Campbell en Cosans/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 9 januari 2003, 45330/99 (*S.L./Oostenrijk*).
18. O.a. EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*).
19. O.a. *Bringing a case to the ECHR* 2014, p. 6 onder verwijzing naar EHRM 8 maart 2005, 24790/04 (*Fairfield e.a./Verenigd Koninkrijk*).

slachtoffers.²⁰ Onder artikel 2 en 8 EVRM zijn twee benaderingen van positieve verplichtingen te onderscheiden: de op artikel 2 EVRM geschoeide *Osman*-toets,²¹ die in *Öneryildiz* verder is uitgewerkt voor industriële activiteiten,²² en de op artikel 8 EVRM geschoeide *fair balance*-test.²³ Onder artikel 2 EVRM is een brede verplichting tot reguleren, informeren en handhaven geformuleerd.²⁴ Het recht op leven is volgens vaste jurisprudentie een van de meest fundamentele rechten van het Verdrag, dat een van de 'basic values of the democratic societies' vormt.²⁵ Artikel 8 EVRM is daarentegen geformuleerd als een recht op *respect* voor onder meer het privéleven en de daaronder vallende fysieke integriteit.²⁶ Onder artikel 8 EVRM moet een eerlijke balans gevonden worden tussen het belang bij een schone leefomgeving, wat niet absoluut is, en het algemeen belang.²⁷ Onder beide artikelen gelden de verplichtingen *ex ante* en, op grond van het voorzorgsbeginsel, ook indien sprake is van een onzeker risico.²⁸

Gezien de grote omvang van de positieve verplichtingen van de Staat onder met name artikel 2 EVRM en het feit dat deze verplichtingen *ex ante* gelden, is bij de huidige stand van zaken onder artikel 2 en 8 EVRM sprake van een grote kring van potentiële slachtoffers in de zin van artikel 34 EVRM. Het EHRM lijkt bescherming van burgers tegen de risico's van industriële activiteiten van groot belang te vinden.²⁹ Dit wordt echter niet weerspiegeld in de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van stichtingen en belangenverenigingen. De vaste lijn in deze jurisprudentie is dat rechtspersonen geen (privé-)leven hebben en dus ook geen slachtoffer van een

De vaste lijn in deze jurisprudentie is dat rechtspersonen geen (privé-)leven hebben en dus ook geen slachtoffer van een schending van het recht daarop kunnen zijn

schending van het recht daarop kunnen zijn.³⁰ In *Gorraiz Lizarraga* toonde het Hof zich welwillend tegenover het optreden van belangenorganisaties op nationaal niveau.³¹ Uit *Identoba* blijkt echter dat geen sprake is van rigoureuze veranderingen in de benadering van ngo's als verzoeker in Straatsburg.³² Een uitzondering op de jurisprudentie werd gemaakt in *Centre for Legal Resources namens Valentin Câmpeanu/Roemenië*.³³ Het ging in deze zaak om een zwaar verstandelijk gehandicapte Roma-jongen, die was opgegroeid in een weeshuis. Hij had onder meer HIV. Uiteindelijk stierf hij mede doordat het ziekenhuispersoneel hem niet durfde te helpen uit angst om HIV te krijgen. Hij had geen familie of voogd om hem te vertegenwoordigen. Deze zaak was, gezien de aard van de schendingen en het geschonden recht, zo schrijnend dat het EHRM een ngo die niet als slachtoffer gezien kon worden toch ontvankelijk verklaarde in haar



verzoek.³⁴ Hierbij werd echter wel benadrukt dat sprake was van een zeer uitzonderlijke situatie.³⁵

Artikel 34 EVRM voor de nationale rechter

Artikel 34 EVRM lijkt gezien zijn ontstaansgeschiedenis bestemd als ontvankelijkheidsbepaling voor het EHRM. Het wordt blijkens de *travaux préparatoires* en Protocol 11 EVRM gezien als een artikel dat toegang tot het controlemechanisme van het EHRM regelt.³⁶ Op nationaal niveau heeft het artikel slechts de consequentie dat de Staat een verzoeker niet mag hinderen in het verkrijgen van toegang tot dat controlemechanisme.³⁷ Ook de formulering van het artikel, dat spreekt van 'the Court' en de positie van het artikel in een afdeling genaamd 'Europees Hof voor de Rechten van de Mens' wijzen op een lezing van het artikel als ontvankelijkheidsbepaling voor het EHRM.

Op grond van de *living instrument*-doctrine kan een artikel naar aanleiding van maatschappelijke ontwikkelingen een andere interpretatie krijgen. Deze opvatting van het EVRM houdt in dat 'the Convention is a living instrument, which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions'.³⁸ Voor een veranderde interpretatie van artikel 34 EVRM, waardoor het artikel ook voor de nationale rechter zou gelden, zijn echter geen aanwijzingen in de jurisprudentie. In *Norris/Ierland* overwoog het EHRM dat nationale ontvankelijkheidscriteria kunnen afwijken van die van artikel 34 EVRM en soms andere doelen dienen.³⁹

De oordelen van lagere civiele rechters in Nederland over de toepasselijkheid van artikel 34 EVRM wisselen.⁴⁰ Uitspraken waarin toepasselijkheid van artikel 34 EVRM wordt aangenomen, zijn op dit punt niet gemotiveerd.⁴¹ De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan over artikel 34 EVRM, ook al suggereren diverse A-G's dat toepassing van het artikel voor de hand ligt en dat aansluiting erbij in het belang van de rechtseenheid is.⁴² De Hoge Raad lijkt hierin echter impliciet niet mee te gaan.⁴³ De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State hanteert wel de criteria van artikel 34 EVRM, omdat het uit-



In de Nederlandse literatuur is de consensus dat artikel 34 niet van toepassing is op nationaal niveau en bedoeld is voor de ontvankelijkheid voor het EHRM

niet.⁴⁶ Het artikel is in de literatuur in deze landen niet of nauwelijks onderwerp van discussie. In de Nederlandse literatuur is de consensus dat het artikel niet van toepassing is op nationaal niveau en bedoeld is voor de ontvankelijkheid voor het EHRM.⁴⁷

Perspectieven op artikel 34 EVRM

Ontvankelijkheid in Nederland en bij de Inter-American Court of Human Rights

De ontvankelijkheid van belangenorganisaties die opkomen voor algemene of collectieve belangen bij de civiele rechter wordt geregeld in artikel 3:305a BW. De wetgever heeft benadrukt dat voor belangenorganisaties een belangrijke rol is weggelegd bij onder meer milieuzaken.⁴⁸ De WAMCA maakt een relatief soepel ontvankelijkheidsregime voor vorderingen met een ideëel doel mogelijk (arti-

eenlopen van formele en materiële rechten onverenigbaar zou zijn met het stelsel van het EVRM.⁴⁴

In andere Verdragsstaten lopen de oordelen uiteen. In het Verenigd Koninkrijk is de toepasselijkheid van artikel 34 EVRM gecodificeerd in de Human Rights Act, in Frankrijk wordt het artikel ook toegepast⁴⁵ en in Spanje

20. Zie De Vylder & Haecck, in: *SDU Commentaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* 2015, art. 34 EVRM, aant. C.2.1.8 (online, bijgewerkt 15 juni 2015) onder verwijzing naar EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*); zie ook EHRM 26 juli 2005, 73316/01 (*Siliadin/Frankrijk*), r.o. 63; EHRM 15 maart 2012, 4149/04, 41029/04 (*Aksu/Turkije*), r.o. 50-54.

21. EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*); zie ook E.C. Gijsselaar & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6.

22. EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*).

23. O.a. EHRM 9 december 1994, 16798/90 (*López Ostra/Spanje*); EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*); EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (*Hatton e.a./Verenigd Koninkrijk*).

24. EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 89-90; zie ook de daarin vermelde jurisprudentie.

25. O.a. EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 69-71.

26. Zie Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 367.

27. EHRM 17 oktober 1986, 9532/81 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 37; EHRM

9 december 1994, 16798/90 (*López Ostra/ Spanje*), r.o. 51; EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*), r.o. 60; EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (*Hatton e.a./ Verenigd Koninkrijk*), r.o. 96-98; zie ook E.C. Gijsselaar, 'Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?', *NTM/NJCM-bull.* 2016/11.

28. EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 89-94; EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), r.o. 92; EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tătar/Roemenië*).

29. Zie EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*), r.o. 71.

30. O.a. EHRM 12 mei 2015, 73235/12 (*Identoba e.a./Georgië*), r.o. 45 en de daarin genoemde jurisprudentie.

31. EHRM 27 april 2004, 62543/00 (*Gorraiz Lizarraga e.a./Spanje*), r.o. 38-39.

32. EHRM 12 mei 2015, 73235/12 (*Identoba/Georgië*), r.o. 45.

33. EHRM 17 juli 2014, 47848/08 (*Centre for Legal Resources namens Valentin Câmpeanu/Roemenië*).

34. *Idem*, r.o. 112.

35. *Idem*.

36. 'Travaux préparatoires', *Echr.coe.int*; 'Explanatory report to Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of

Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby', *Echr.coe.int*.

37. Zie EHRM 27 maart 2008, 44009/05 (*Shtukaturov/Rusland*); EHRM 11 juli 2006, 41088/05 (*Boicenco/Moldavië*) en EHRM 5 april 2011, 25716/09 (*Toumi/Italië*).

38. EHRM 25 april 1978, 5856/72 (*Tyrrer/ Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31.

39. EHRM 26 oktober 1988, 10581/83 (*Norris/Ierland*), r.o. 31.

40. Zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*); Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*); Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286 (*Delta/Staat*); Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4285 (*Eneco/Staat*).

41. Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4286 (*Delta/Staat*), r.o. 3.3.2; Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4285 (*Eneco/Staat*), r.o. 3.4.2.

42. O.a. conclusie A-G Wattel bij HR 8 juli 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AO9273, r.o. 5.1; conclusie A-G Langemeijer bij HR 24 juni 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ2292, r.o. 2.8; zie (in een strafrechtelijke context) ook conclusie A-G Silvis bij HR 9 oktober 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX5516, voetnoot 15.

43. HR 8 juli 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9273, r.o. 3.6; HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2292.

44. ABRvS 7 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU7093, r.o. 2.4.1; ABRvS 7 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY2470, r.o. 3.2; ABRvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, r.o. 19.2.

45. Cour de Cassation 28 maart 2018, ECLI:FR:CCASS:2018:CO00344.

46. Tribunal Supremo 17 december 2018, ECLI:ES:TS:2018:4201.

47. Zie o.a. de annotaties bij Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 van T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, O&A 2018/51 en D.J.G. Sanderink, *JB* 2019/10; O. Spijkers, 'Urgenda tegen de Staat der Nederlanden: aan wiens kant staat de Nederlandse burger eigenlijk?', *AA* 2019/3; E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering en het EVRM: over drempels om de civiele rechter als risicoreguleerder te laten optreden', *NTM/NJCM-bull.* 2018/16; T.R. Bleeker, 'Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM', *NTBR* 2018/39.

48. *Kamerstukken II* 1991/92, 22486, 3, p. 2 (MvT).

kel 3:305a lid 6 BW). Juridisering en het ad hoc oprichten van verenigingen om te procederen worden aan banden gelegd door ontvankelijkheidsvereisten, bijvoorbeeld dat de bestuurders geen winstoogmerk mogen hebben en dat de vordering een voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer moet hebben (lid 3).⁴⁹ Dit maakt dat niet gesproken kan worden van een *actio popularis*. De tegenhanger van het EHRM in Midden- en Zuid-Amerika, de Inter-American Court of Human Rights, maakt onderscheid tussen verzoekers en slachtoffers.⁵⁰ Belangenorganisaties kunnen alleen een verzoek indienen met betrekking tot een mensenrechtenschending waarvan zij zelf geen slachtoffer zijn.⁵¹ Het Inter-Amerikaanse systeem biedt hiermee een relatief ruime mogelijkheid voor het zogeheten transnationaal juridisch activisme door belangenorganisaties.⁵²

EVRM-doctrine

In de rechtspraak van het EHRM is een belangrijke rol weggelegd voor doctrine, waarbij vaak afwegingen worden gemaakt tussen verschillende principes. Enerzijds hanteert het EHRM een individualistische benadering, waarbij gesproken wordt van 'the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings',⁵³ anderzijds benadrukt het de fundamentele rol van het Verdrag en met name het recht op leven (artikel 2 EVRM).⁵⁴ Ook tussen de *margin of appreciation*, die beoordelingsruimte geeft aan de Verdragsstaten,⁵⁵ en de *living instrument*-leer, waarbij maatschappelijke ontwikkelingen juist kunnen leiden tot inperking van de ruimte die de staten hebben,⁵⁶ maakt het EHRM afwegingen. Verder moet de geboden bescherming effectief zijn,⁵⁷ maar wordt wel het principe van proportionaliteit gehanteerd ten aanzien van wat verwacht wordt van de Staat.⁵⁸

De rechter in de meerlagige rechtsorde

De instelling van supranationale hoven als het EHRM en het Europese Hof van Justitie, heeft gezorgd voor een verandering van de hiërarchie en de bijbehorende rollen van rechter en wetgever in de Verdragsstaten. De Nederlandse rechtsorde is niet meer een 'keurige piramidale structuur [...] met altijd één hoogste rechter aan de top die in alle lastige kwesties knopen doorhakt'.⁵⁹ Binnen deze meerlagige rechtsorde bestaan meerdere opvattingen over de rol van rechtseenheid.⁶⁰ Hierbij is groeiende aandacht voor de interactie tussen rechters op nationaal en internationaal niveau, de *judicial dialogue*.⁶¹ Hierbinnen past ook het invoeren van Protocol 16 bij het EVRM. In de meerlagige rechtsorde is geen sprake van de traditionele machtenscheiding zoals die werd voorgestaan door Montesquieu.⁶² Ook vervagen de grenzen tussen publiekrecht en privaatrecht, doordat de mensenrechten uit het EVRM gelden voor alle verhoudingen tussen burgers en overheid, ongeacht het rechtsgebied waarom het gaat.⁶³ IJzermans stelt dat sinds de totstandkoming van verdragen als het EVRM de rechtsvormende taak van de nationale rechters toegenomen is, omdat zij samen met het EHRM recht vormen, terwijl de wetgever 'buitenspel staat'.⁶⁴ Deze ontwikkeling wordt volgens haar gelegitimeerd door de eerdergenoemde *judicial dialogue*, 'een dialoog tussen rechterlijke instanties waardoor nieuwe, gemeenschappelijke interpretaties van leerstukken, rechtsbegrippen of -regels ont-

staan'.⁶⁵ Loth & Van Gestel trekken uit *Urgenda* de conclusie dat de opvattingen over rechtsvinding herijkt moeten worden in het licht van de meerlagige rechtsorde.⁶⁶ Deze opvatting ondervindt ook tegenstand: in een reactie op Loth & Van Gestel meent Bergkamp dat hun 'discretionaire rechtsvindingmodel [...] is ontsproten aan het brein van rechtswetenschappers en rechters die zelf beleid willen maken' en dat deze 'externe manipulatie' rechterlijk activisme faciliteert.⁶⁷ De opvatting van Bergkamp kan echter in de Nederlandse literatuur niet op veel steun rekenen.⁶⁸ Ook EHRM-rechters benadrukken het belang van *judicial dialogue*.⁶⁹ Gezien de 'fundamentele subsidiarische rol' die de Straatsburgse rechter zichzelf toekent ten opzichte van de nationale rechter, verbaast dit niet.⁷⁰ Rechter Pinto de

Pogingen van nationale rechters om de dialoog aan te gaan door hun interpretatie van het EVRM uitgebreid te motiveren, worden vaak beloond door het EHRM

Albuquerque meent dat het goed is als nationale rechters bijdragen aan een progressieve interpretatie van het Verdrag, onder het motto '*Argentorum non locutum, nunc est nobis loquendum* – Strasbourg has not spoken, now it is our time to speak'.⁷¹ Uit een WODC-rapport van Gerards & Fleuren blijkt dat pogingen van nationale rechters om de dialoog aan te gaan door hun interpretatie van het EVRM uitgebreid te motiveren, vaak beloond worden door het EHRM.⁷² Landen als het Verenigd Koninkrijk en Duitsland blijken hierdoor een aanzienlijke invloed te hebben op de rechtsontwikkeling bij het EHRM.⁷³

Conclusie

De huidige, zeer restrictieve benadering van de ontvankelijkheid van belangenorganisaties en stichtingen onder artikel 34 EVRM moet in de context van artikel 2 en 8 EVRM worden gezien als excessief formalistisch, iets wat het EHRM juist wil voorkomen. Naar mijn mening zou het EHRM zijn standpunt ten aanzien van het slachtofferchap van belangenorganisaties moeten wijzigen. Tegelijk is in het licht van de individualistische oorsprong van de door het EVRM geboden bescherming, de subsidiaire rol van het EHRM en de waarde die wordt gehecht aan het geven van ruimte aan de Verdragsstaten door het geven van een *margin of appreciation*, begrijpelijk dat het Hof paal en perk wil stellen aan de ontvankelijkheid op grond van artikel 34 EVRM. Het toestaan van een *actio popularis* of het versoepelen van de ontvankelijkheidsvereisten voor belangenorganisaties bij alle mogelijke artikelen waarop een beroep wordt gedaan, lijkt mij dan ook geen passende oplossing.

Wel zou bij de ontvankelijkheid van belangenorganisaties onderscheid kunnen worden gemaakt tussen artikel 2 en 8 EVRM. Het Hof zou bijvoorbeeld kunnen besluiten vanwege de fundamentele, universele aard van het recht op leven in artikel 2 EVRM en de daaronder geformuleerde verplichtingen ook belangenorganisaties te erkennen als mogelijk slachtoffer van een schending, terwijl dit gelet op de meer individuele aard van de afweging die de Staat mag maken onder artikel 8 EVRM, bij deze bepaling minder voor de hand ligt. Om recht te doen aan de verschillende principes die aan het EVRM ten grondslag liggen, zoals individuele bescherming, fundamentele rechten, effectiviteit en proportionaliteit, zou een dergelijk onderscheid ook op nationaal niveau kunnen worden gemaakt. Beide artikelen worden in zaken als *Urgenda* en *Luchtvervuiling* vaak in één adem genoemd, maar zijn naar hun aard sterk verschillend. Onder artikel 2 EVRM heeft het EHRM ruime positieve verplichtingen aangenomen, die *ex ante* gelden. Hierbij is benadrukt dat industriële activiteiten naar hun aard gevaren met zich brengen. Ook is van artikel 2 EVRM duidelijk dat het een fundamenteel recht betreft, waarbij het EHRM soms bereid is gebleken om het slachtoffervereiste soepel te interpreteren of zelfs los te laten. Onder artikel 8 EVRM is juist sprake van een *margin of appreciation* voor de Staat, waarbij enkel een *fair balance* moet worden getroffen tussen het algemeen belang en het individuele belang. Om te bepalen hoe strikt het slachtofferbegrip moet worden geïnterpreteerd, moet naar mijn mening daarom al bij de ontvankelijkheidstoets worden bepaald of sprake is van een *arguable claim* onder artikel 2 (eventueel in samenhang met artikel 8) EVRM, of alleen onder artikel 8 EVRM. Een dergelijke benadering sluit aan bij eerdere jurisprudentie van het EHRM, waaruit blijkt dat het onderliggende materiële artikel meespeelt bij het toetsen aan artikel 34 EVRM.

Voor de invulling van de ontvankelijkheidstoets onder artikel 2 EVRM zou voorts gekeken kunnen worden

naar de benadering van nationale en supranationale instanties. Zowel op nationaal-Nederlands als op internationaal-regionaal niveau blijkt dat het mogelijk is een middenweg te vinden tussen de zeer restrictieve benadering van het EHRM en het aanvaarden van een *actio popularis*. Met name de benadering van de Inter-American Court of Human Rights, waarbij verzoeker en slachtoffer niet dezelfde hoeven te zijn, zou een alternatief kunnen zijn voor de huidige benadering. Hiermee zou recht gedaan worden aan de fundamentele aard van artikel 2 EVRM. Door verzoekers wel te verplichten slachtoffers te benoemen ter ondersteuning van de klacht en bijvoorbeeld bepaalde eisen aan de belangenorganisaties te stellen, zoals in Nederland wordt gedaan, worden ook het individuele karakter van de geboden bescherming en het feit dat het Verdrag niet ten doel heeft een *actio popularis* te faciliteren, gerespecteerd. Een dergelijke wijziging in de jurisprudentie zou ervoor zorgen dat artikel 34 EVRM, waarvan de interpretatie in de loop der jaren op dit punt nauwelijks gewijzigd is, beter overeenstemt met de steeds bredere positieve verplichtingen die het EHRM geformuleerd heeft. Dit sluit aan bij de *living instrument*-leer. In *Klass/Duitsland* overwoog het EHRM al dat het effectiviteitsbeginsel van belang is bij de interpretatie van de ontvankelijkheidsbepalingen van het EVRM. Belangenorganisaties kunnen een grote rol spelen bij de effectieve handhaving van het recht op leven en de onder *Osman* en *Öneryıldiz* vastgestelde verplichtingen. Milieuproblemen, zoals klimaatverandering, en bijbehorende positieve verplichtingen zijn globaal in hun aard en omvang. Het beperken van de ontvankelijkheid voor het EHRM tot individuen, doet hieraan geen recht. Tegenover de *living instrument*-leer en het principe van effectiviteit staan de *margin of appreciation* en het principe van proportionaliteit. Deze spelen met name onder artikel 8 EVRM een rol. De *fair balance*-test staat Verdragsstaten toe een proportionele afweging te maken tussen het individuele en het

49. Kamerstukken II 2018/19, 34608, 14, p. 1; Kamerstukken II 1993/94, 22486, 14, p. 1-2.

50. O.a. ComisiónIDH 22 februari 2001, 34/01 (*Masacre de Mapiripán/Colombia*).

51. CortelIDH 22 februari 1991, 10/91 (*Banco de Lima/Peru*).

52. J.A. López Pacheco & S. Hincapié Jiménez, 'Derechos humanos y activismo legal transnacional', *Perf. Latinoam.* 2017/49.

53. EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 87.

54. Idem.

55. Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 11; o.a. EHRM 7 december 1976, 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*).

56. Van Dijk & Van Hoof 1998, p. 87; o.a. EHRM 28 mei 2002, 46295/99 (*Stafford/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 67-69; EHRM 18 juli 1994, 15484/89 (*Wynne/Verenigd Koninkrijk*).

57. O.a. EHRM 23 juli 1968, 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63,

2126/64 (*Belgian Linguistic*), r.o. 5; EHRM 6 september 1978, 5029/71 (*Klass e.a./Duitsland*), r.o. 34.

58. EHRM 7 juli 1989, 14038/88 (*Soering/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 89; zie ook Harris, O'Boyle, Bates & Buckley 2009, p. 10.

59. R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde', *NJB* 2016/141, afl. 3.

60. Zie M.A. Loth, 'Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meergelaagde rechtsorde', *AA* 2018/4, p. 335.

61. Van Gestel & Loth, *NJB* 2016/141; Loth, *AA* 2018/4; L.M. Huijbers, 'Procedurale toetsing, het EHRM en rechtseenheid en diversiteit', *AA* 2018/1; P. Lefranc, 'Het Urgenda-vonnis/-arrest is (g)een politieke uitspraak (bis)', *NJB* 2019/474, afl. 9.

62. Zie Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Parijs: Éditions Gallimard 1995 (*De l'esprit des lois* 1758, bewerkt door L. Versini; online publiek).

63. R.A.J. van Gestel & M.A. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015/1849, afl. 37, p. 2601.

64. M.G. IJzermans, 'Legitimiteit door de dialoog in de rechtszaal', *Themis* 2016/1, p. 20 onder verwijzing naar M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog: rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2014, p. 11 en J.C.A. de Poorter, 'Wetgever en rechter. Rechtsvorming in een open en vruchtbare dialoog', *NJB* 2014/2, afl. 1, p. 7.

65. IJzermans, *Themis* 2016/1, p. 20 onder verwijzing naar A. Meuwese & M. Snel, 'Constitutional dialogue: An overview', *ULR* 2013/2, p. 126.

66. Van Gestel & Loth, *NJB* 2015/1849, afl. 37, p. 2604; zie ook E. Bauw, 'De bakens verzet (?) – De civiele rechter in milieuzaken tegen de overheid', *TO* 2018/4 en K.J. de Graaf, 'Vereende machten in de strijd tegen klimaatverandering?', *TO* 2018/4.

67. L. Bergkamp, 'Rechtsvinding in de

moderne rechtsstaat', *NJB* 2016/140, afl. 3; zie ook Van Gestel & Loth, *NJB* 2016/141, afl. 3 en Lefranc, *NJB* 2019/474, afl. 9.

68. Lefranc, *NJB* 2019/474, afl. 9.

69. O.a. Joint partly dissenting opinion van rechters Costa, Cafilisch en Jungwiert bij EHRM 12 april 2006, 58675/00 (*Martinie/Frankrijk*), r.o. 8.

70. EHRM 6 november 2017, 43494/09 (*Garib/Nederland*), r.o. 137.

71. Dissenting opinion van rechter Pinto de Albuquerque bij EHRM 17 januari 2017, 57592/08 (*Hutchinson/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 41-43.

72. J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak – een rechtsvergelijkend onderzoek*, Den Haag: WODC 2013, p. 67.

73. Idem.

Het EHRM heeft zijn subsidiaire rol ten opzichte van de nationale wetgever en rechter benadrukt. Er ligt hier dan ook een belangrijke rechtsvormende taak voor de Hoge Raad

algemene belang. Door bij de ontvankelijkheidstoets een onderscheid te maken tussen artikel 2 en 8 EVRM, wordt recht gedaan aan de verschillende principes en belangen die een rol spelen bij zaken waarin een beroep wordt gedaan op het Verdrag.

De aanzet voor een verandering in de jurisprudentielijn van het EHRM, zou eind dit jaar door de Hoge Raad in *Urgenda* gegeven kunnen worden. Het EHRM heeft zijn subsidiaire rol ten opzichte van de nationale wetgever en rechter benadrukt. Er ligt hier dan ook een belangrijke rechtsvormende taak voor de Hoge Raad. Omdat sprake is van een meerlagige rechtsorde en het EHRM uiteindelijk wel het laatste woord heeft in de interpretatie van het EVRM, kan deze rechtsvorming het beste plaatsvinden door middel van een *judicial dialogue*. Materiële rechtseenheid is ook in de meerlagige rechtsorde van belang. Deze wordt echter niet gediend door op nationaal niveau procedurele regels van het EHRM over te nemen zonder rekening te houden met het nationale recht en de bescherming die de collectieve actie biedt. De

dialoog van de Hoge Raad met het EHRM kan op verschillende manieren gevoerd worden. De recent ingevoerde adviesprocedure biedt een mogelijkheid om niet-bindend advies te vragen aan het EHRM. Door een progressievere interpretatie van artikel 34 EVRM voor te leggen, zou de Nederlandse rechter het EHRM kunnen bewegen om de toegang tot het EHRM voor belangenorganisaties die een beroep op artikel 2 en 8 EVRM doen, te versoepelen. De Hoge Raad zou echter een nog sterker signaal kunnen afgeven door zelf, bijvoorbeeld in een obiter dictum, uiteen te zetten waarom de interpretatie van artikel 34 EVRM ten aanzien van belangenorganisaties die een beroep op artikel 2 EVRM doen, versoepeld zou moeten worden. Dergelijke pogingen van nationale rechters om de dialoog met Straatsburg aan te gaan door middel van uitgebreid gemotiveerde interpretaties van het EVRM, worden immers vaak beloond. Met EHRM-rechter Pinto de Albuquerque zeg ik dan ook: '*Argentatorum non locutum, nunc est nobis loquendum* – Strasbourg has not spoken, now it is our time to speak'. •