

Johan Verbist *
Beatrix Vanlerberghe *
Advocaten bij het Hof van Cassatie

Philip Traest
Guido Van Limberghen
Jan Wouters
Britt Weyts
Stefan Rutten
Joyce Van Caeyzeele
Sven Sobrie *
Jolien Dewitte
Guan Velghe
Lauranne Claus
Valerie Goyvaerts
Advocaten



Amerikalei 187/302
2000 ANTWERPEN 1
Telefoon +32 3 259 29 29
Telefax +32 3 259 29 20
Directe lijn +32 3 259 29 21
johan.verbist@omegalaw.be

Aan Minister Z. Demir
Ter attentie van de heer Toby De Backer
Vlaams minister van Justitie en Handhaving,
Omgeving, Energie en Toerisme
Koning Albert II-laan 7
1210 Brussel

Per brief en per e-mail: toby.debacker@vlaanderen.be

Antwerpen, 17 december 2023

Uw ref.:

Onze ref.: Vlaams Gewest / Klimaatzaak - arrest dd. 30/11/'23

Mevrouw de minister,

Betreft: VLAAMS GEWEST / KLIMAATZAAK - ARREST DD. 30/11/'23

Na onderzoek van dit dossier kunnen wij u het volgende advies geven met betrekking tot de kansen op welslagen van een eventuele voorziening in cassatie tegen het arrest dat op 30 november 2023 werd gewezen door de tweede F kamer van het hof van beroep te Brussel.

Dit arrest werd, voor zover ons bekend, nog niet betekend.

Gelet op het verzoek om dit advies met spoed te bezorgen, werden in eerste instantie de belangrijkste aspecten van de zaak onderzocht. Bij het opstellen van de voorziening in cassatie zal het onderzoek verder in detail gebeuren hetgeen mogelijk aanleiding zal geven tot het formuleren van bijkomende grieven of nuanceringen van de voorgestelde grieven. Er werd voornamelijk geen uitgebreid onderzoek verricht naar de bestaande normen inzake de uitstoot van broeikasgassen. Er wordt in dit advies uitgegaan van de vaststelling dat er door de appelrechters een zwaardere verplichting aan de overheden wordt opgelegd dan de verplichtingen die als zodanig zijn vastgesteld in bindende normen. Dit kan in deze voorlopige analyse volstaan, maar zal later verder worden uitgediept.

I. Feiten en procedurevoorgaanden

1. Bij exploit van 1 juni 2015 hebben de vzw Klimaatzaak (hierna 'Klimaatzaak' genoemd) en 8422 fysieke personen de Belgische Staat, het Waalse Gewest, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest gedagvaard voor de Franstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel, teneinde aan de verweerders bevel te horen opleggen het totale volume van de jaarlijkse Belgische broeikasgasemissies terug te dringen, in de volgende verhoudingen :

- in 2020 : 40%, minstens 25% in verhouding tot het niveau van 1990
- in 2030 : 55%, minstens 40%,
- in 2050 : 87,5%, minstens 80%.

Naderhand zijn 50.164 personen in deze procedure tussengekomen.

Bij vonnis van 17 juni 2021 werd de vordering ontvankelijk en deels gegrond verklaard. De eerste rechter zegde voor recht dat de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zich niet gedroegen zoals normaal zorgvuldige overheden, hetgeen een fout uitmaakt in de zin van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek. Verder werd voor recht gezegd dat de verwerende partijen inbreuk maakten op de fundamentele rechten van de eiser en in het bijzonder op de artikelen 2 en 8 van het EVRM, door na te laten de nodige maatregelen te treffen om de klimaatwijziging tegen te gaan. De vordering werd voor het overige afgewezen.

2. Bij verzoekschrift van 17 november 2021 stelden de eisers hoger beroep in.

In het onderzochte arrest wordt het hoger beroep ontvankelijk en deels gegrond verklaard. Het vonnis van de eerste rechter wordt bevestigd in zoverre deze vaststelde dat de Belgische Staat, het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Vlaamse Gewest zich niet gedragen als een normaal zorgvuldige overheid hetgeen een fout uitmaakt in de zin van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek en een inbreuk uitmaakt op de artikelen 2 en 8 van het EVRM in zoverre zij nalaten alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de klimaatopwarming tegen te gaan. In zoverre de oorspronkelijke vordering gericht was tegen het Waalse Gewest wordt deze ongegrond verklaard.

Aan de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wordt het bevel opgelegd om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om de broeikasgasemissies terug te dringen tot tenminste -55% in 2030 in vergelijking met 1990. De partijen dienen onderling te bepalen welke partij welke last zal dienen te dragen. Er wordt vooralsnog geen uitspraak gedaan over de gevorderde dwangsom.

De Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest worden veroordeeld tot de kosten.

Tegen dit arrest wenst het Vlaamse Gewest in cassatie op te komen.

II. Onderzoek van het arrest van 30 november 2023 van de tweede F kamer van het hof van beroep te Brussel

3. De appelrechters geven vooreerst een overzicht van de partijen in deze zaak. De appelrechters stellen vast dat de akte van hoger beroep in de zaak 2021/AR/1589 door middel van een verwijzing naar de bijlage A de fysieke personen weergeeft die appellant zijn. Daarbij wordt vermeld dat de bijgevoegde lijst geactualiseerd werd en dat de dubbele vermeldingen eruit werden gehaald. Daarnaast zijn mevr. De Vriendt en 50.164 personen vrijwillig tussengekomen ook in de procedure in hoger beroep.

Bij arrest van 22 september 2022 werden de beide zaken gevoegd.

Overeenkomstig artikel 812, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek kan tussenkomst geschieden voor alle gerechten, ongeacht de vorm van de rechtspleging, zonder dat echter reeds bevolen onderzoeksverrichtingen afbreuk mogen doen aan de rechten van de verdediging. Het Hof van Cassatie besliste dat hoewel tussenkomst voor alle gerechten kan geschieden, een partij in de regel enkel als vrijwillige of gedwongen tussenkommende partij voor de rechter in tweede aanleg kan verschijnen, indien zij niet in eerste aanleg aanwezig, opgeroepen of vertegenwoordigd was (Cass. 23 oktober 2015, C.14.0322.F). Van deze regel wordt evenwel afgeweken ingeval van een onsplitsbaar geschil (concl. T. Werquin, voor Cass. 23 oktober 2015, C.14.0322.F). In dat geval mogen partijen die in eerste aanleg reeds waren verschenen, vrijwillig tussenkomen in het geding in hoger beroep.

Het is niet duidelijk of mevrouw De Vriendt en voornoemde 50.164 personen reeds in eerste aanleg vrijwillig tussengekomen waren. Uit het vonnis van de eerste rechter lijkt afgeleid te moeten worden dat dit wel het geval was. In de conclusie van het Vlaamse Gewest van 29 juni 2023 (blz. 47) lezen we echter dat dit niet het geval was. De appelrechter stelt evenwel vast dat het wel degelijk om dezelfde partijen gaat.

In zoverre dit inderdaad het geval is, konden deze partijen niet in hoger beroep vrijwillig tussenkomen, tenzij het geschil onsplitsbaar zou zijn.

Van onsplitsbaarheid in de zin van artikel 31 van het Gerechtelijk Wetboek is sprake wanneer de gezamenlijke tenuitvoerlegging van onderscheiden beslissingen waartoe het geschil aanleiding geeft, materieel onmogelijk zou zijn (Cass. 11 oktober 2019, C.18.0340.F). Het volstaat niet dat de beslissingen die in eerste aanleg en in hoger beroep zijn geweest en waarbij niet dezelfde partijen aanwezig zijn van elkaar verschillen. Vereist is dat de gelijktijdige tenuitvoerlegging van de beide beslissingen materieel onmogelijk is.

De eerste rechter besliste dat de verwerende partijen zich niet hebben gedragen zoals een normaal zorgvuldige overheid, hetgeen een fout uitmaakt in de zin van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek, en verder dat de verwerende partijen inbreuk maken op de artikelen 2 en 8 van het EVRM. De eerste rechter legde echter geen specifieke maatregelen op aan de verschillende overheden om reden dat dit strijdig zou zijn met de scheiding der machten.

Aangezien de eerste rechter geen concrete maatregelen heeft bevolen, rijst er geen gevaar dat de beslissingen geweest in eerste aanleg en de latere beslissing in hoger beroep niet gelijktijdig ten uitvoer gelegd zouden kunnen worden. Het enkele feit dat de eerste rechter besliste dat ook het Waalse gewest foutief heeft gehandeld en dat de appelrechter van oordeel is dat dit niet het geval is, heeft niet tot gevolg dat de gezamenlijke tenuitvoerlegging van de beide beslissingen niet mogelijk zou zijn. Hieruit volgt dat het geschil niet onsplitsbaar is.

In die omstandigheden menen wij dat mevrouw De Vriendt en voornoemde 50.164 personen in zoverre zij reeds in eerste aanleg vrijwillig tussengekomen waren niet in hoger beroep vrijwillig konden tussenkomen. De appelrechters beslissen terecht in die zin op blz. 60 van het onderzochte arrest, maar merken op dat deze partijen hoe dan ook bij het hoger beroep betrokken zijn gelet op het feit dat het Waalse Gewest en de Belgische Staat hun hoger beroep tegen hen hebben gericht. Er is geen reden om aan te nemen dat dit hoger beroep niet ontvankelijk was.

Wij zien dan ook geen mogelijkheid om met een redelijke kans op succes tegen deze beslissing in cassatie op te komen.

4. De appelrechters stellen vast dat een aantal personen overleden zijn en dat hun rechtsopvolgers het geding niet hervat hebben. De appelrechters leiden hieruit af dat de rechtsopvolgers van de overleden personen afstand gedaan hebben van de hervatting van geding zodat aangenomen moet worden dat het geding ten aanzien van hen vervallen is.

Gelet op het feit dat het huidige geschil, wegens de beslissing van de eerste rechter, niet onsplitsbaar is, heeft het feit dat het geding niet werd hervat namens de rechtsopvolgers van de overleden partijen geen impact op de huidige beslissing.

Op dit punt zien wij dan ook geen mogelijkheid om met een redelijke kans op succes in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest.

5. De appelrechters beslissen vervolgens dat het hoger beroep ontvankelijk is.

De appelrechters beslissen daarbij dat in zoverre partijen die geen partij waren bij de beslissing van de eerste rechter hoger beroep hebben ingesteld, dit hoger beroep niet ontvankelijk is. De appelrechters beslissen evenwel dat niets erop wijst dat personen die geen partij waren voor de eerste rechter hoger beroep hebben ingesteld. Op grond daarvan wordt de exceptie van onontvankelijkheid verworpen.

Hiertegen zou enkel opgekomen kunnen worden indien aangetoond zou kunnen worden dat bepaalde partijen die hoger beroep hebben ingesteld geen partij waren bij de beslissing van de eerste rechter.

Indien zou blijken dat bepaalde partijen die wel partij waren voor de eerste rechter, maar geen hoger beroep hebben ingesteld, zou dit niet problematisch zijn. Om de redenen die hierboven werden weergegeven is het geschil inderdaad niet onsplitsbaar gelet op de specifieke beslissing van de eerste rechter en dienden niet alle partijen bij het hoger beroep te worden betrokken.

6. Het Hof van beroep beslist vervolgens dat het over rechtsmacht beschikt.

Krachtens artikel 144 van de Grondwet behoren geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de rechtbanken. Krachtens artikel 145 van de Grondwet behoren geschillen over politieke rechten in beginsel ook tot de bevoegdheid van de rechtbanken. Die bevoegdheid wordt bepaald door het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geschil (Cass. 24 september 2010, C.08.0429.N; Cass. 24 januari 2014, C.10.0450.F). De rechtbanken nemen aldus kennis van de door een partij ingestelde vorderingen die gegrond zijn op een precieze juridische verplichting die een regel van het objectief recht rechtstreeks aan een derde oplegt en bij wier uitvoering hij belang heeft (Cass. 24 september 2010, C.08.0429.N). De rechterlijke macht is bevoegd om elke onrechtmatige aantasting van een subjectief recht waaraan de administratieve overheid zich

schuldig maakt in de uitoefening van haar discretionaire macht, te voorkomen of te herstellen (Cass. 26 maart 2009, C.07.0583.F).

De rechter kan beoordelen of al dan niet afbreuk wordt gedaan aan de grondrechten en of er wordt voldaan aan de eventuele voorwaarden voor het inperken van die rechten ten aanzien van onder meer het nagestreefde doel en de evenredigheid van de maatregel, en zulks ongeacht of de in het geding zijnde rechten al dan niet aanleiding geven tot een positieve verplichting van de Staat (GwH 22 februari 2018, nr. 18/2018, B.10.2.3).

De appelrechters stellen vast dat de eisers schadevergoeding vorderen wegens fouten begaan door de verschillende overheden. Verder stellen de appelrechters vast dat er ook in de context van de artikelen 2 en 8 van het EVRM aan de overheden wordt verweten een fout te hebben begaan door niet gehandeld te hebben als een normaal zorgvuldige overheid en dat de eisers aanvoeren hierdoor schade te hebben geleden.

Op grond van deze beoordeling konden de appelrechters beslissen dat de burgerlijke rechter rechtsmacht heeft om over dit geschil uitspraak te doen.

Op dit punt zien wij dan ook geen mogelijkheid om met een redelijke kans op succes in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest.

7. De appelrechters beslissen vervolgens dat de vordering van Klimaatzaak ontvankelijk is en verwerpen aldus het door het Vlaamse Gewest aangevoerde middel dat Klimaatzaak niet het rechtens vereiste belang had om de vordering in te stellen.

Overeenkomstig artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek kan de rechtsvordering niet worden toegelaten indien de eiser geen hoedanigheid en geen belang heeft om ze in te dienen. Het belang dat de eisende partij nastreeft kan zowel een materieel als een moreel voordeel zijn dat de eiser door het instellen van de vordering beoogt te verwerven (Cass. 19 november 1982, Arr.Cass. 1982-83, 372; P. Vanlersberghe, "Art. 17-18 Ger. W." in Comm.Ger., Mechelen, Kluwer, 2002, randnr. 13). Aangenomen wordt dat het belang persoonlijk moet zijn. Het algemeen belang is geen eigen belang (Cass. 7 februari 2022, C.21.0164.N; Cass. 19 november 1982, Arr.Cass. 1982-83, 372; M. Kruihof, "Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter", *Preadvies voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 98, nr. 49). Het belang moet daarnaast ook reeds verkregen en dadelijk, d.w.z. actueel, zijn.

Het is vaste cassatierechtspraak dat de procespartij die beweert houder te zijn van een subjectief recht, ook al wordt het betwist, belang en hoedanigheid heeft om een vordering in te stellen. Het onderzoek naar het bestaan of de draagwijdte van het aangevoerde subjectief recht betreft niet ontvankelijkheid maar de gegrondheid van de vordering in (Cass. 28 september 2007, C.06.0180.F; Cass. 16 november 2007, C.06.0144.F; Cass. 4 februari 2011, C.09.0420.N; Cass. 23 februari 2012, C.11.0259.N; Cass. 11 februari 2016, C.13.0556.N).

Het tweede lid van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek dat thans bepaalt dat de rechtsvordering van een rechtspersoon die de bescherming beoogt van de rechten van de mens of de fundamentele vrijheden eveneens ontvankelijk is onder een aantal voorwaarden, is in deze zaak niet van toepassing aangezien de vordering werd ingeleid voor de invoering van deze bepaling in het Gerechtelijk Wetboek bij wet van 21 december 2018. Het belang van Klimaatzaak moet derhalve beoordeeld worden op grond van de oude wettelijke bepalingen.

Het eigen belang van een rechtspersoon is datgene wat zijn bestaan of zijn materiële en morele goederen en inzonderheid zijn vermogen, eer en goede naam raakt (Cass. 19 november 1982, Arr. Cass. 1982-83, 372; Cass. 19 september 1996, C.95.0386.F; Cass. 4 februari 2008, C.05.0309.F).

Het loutere feit dat de natuurlijke persoon of een rechtspersoon een bepaald doel nastreeft, weze het een statutair vastgesteld doel, doet het eigen belang om een rechtsvordering in te stellen in principe niet ontstaan (Cass. 19 november 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 372; Cass. 13 december 2018, C.15.0405.F).

Specifiek echter met betrekking tot het vorderingsrecht van milieuverenigingen moet rekening gehouden worden met het Verdrag van Aarhus van 25 juni 1998 betreffende toegang tot informatie, inspraak bij besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden.

Overeenkomstig artikel 9.3 van het Verdrag van Aarhus waarborgt elke verdragspartij aanvullend op en onverminderd de in het voorgaande eerste en tweede lid bedoelde herzieningsprocedures, dat leden van het publiek, wanneer zij voldoen aan de eventuele in haar nationale recht neergelegde criteria, toegang hebben tot bestuursrechtelijke of rechterlijke procedures om het handelen en nalaten van privé-personen en overheidsinstanties te betwisten die strijdig zijn met bepalingen van haar nationale recht betreffende het milieu.

Onder “publiek” wordt krachtens artikel 2.4 van het Verdrag van Aarhus verstaan “één of meer natuurlijke of rechtspersonen en, in overeenstemming met nationale wetgeving of praktijk, hun verenigingen, organisaties of groepen”.

Daarnaast voorziet artikel 3.4 van het Verdrag van Aarhus dat elke verdragspartij passende erkenning van en steun aan verenigingen, organisaties of groepen die milieubescherming bevorderen moet voorzien en moet de verdragspartij waarborgen dat haar nationale rechtstelsel strookt met deze verplichting.

Het gegeven dat artikel 9.3 van het Verdrag van Aarhus weliswaar geen rechtstreekse werking heeft, doet geen afbreuk aan het feit dat het aan de nationale rechter toekomt om het nationale procesrecht ter zake van de voorwaarden voor het instellen van een bestuursrechtelijk beroep of beroep bij de rechter, zoveel mogelijk uit te leggen in overeenstemming met de doelstellingen van artikel 9, lid 3 van het Verdrag van Aarhus (HvJ 12 mei 2011, C-115/09; HvJ 8 maart 2011, C-240/09).

In zijn arrest van 11 juni 2013 oordeelde het Hof van Cassatie dat uit de artikelen 2.4, 3.4 en 9.3 van het Verdrag van Aarhus volgt dat België de verplichting op zich heeft genomen om verenigingen die de bevordering van de milieubescherming tot doel hebben de toegang tot de rechter te verzekeren ingeval zij met de bepalingen van het nationale milieurecht strijdig handelen en nalaten van privé-personen en overheidsinstanties willen betwisten voor zover zij daartoe voldoen aan de in het nationale recht vastgelegde criteria. Die criteria mogen niet zodanig worden omschreven of uitgelegd dat zij de toegang van deze verenigingen in dergelijk geval onmogelijk maken. De rechter mag de in het nationale recht opgenomen criteria uitleggen in overeenstemming met de doelstellingen van artikel 9.3 Verdrag van Aarhus. Indien een rechtsvordering wordt ingesteld door een rechtspersoon die zich krachtens zijn statuten tot doel heeft gesteld de milieubescherming te bevorderen en ertoe strekt het met de bepalingen van het nationale milieurecht strijdig geacht handelen en nalaten van privé-personen en overheidsinstanties te betwisten, voldoet die rechtspersoon op het vlak van belang aan de ontvankelijkheidsvereiste voor het instellen van een rechtsvordering (Cass. 11 juni 2013, P.12.1389.N).

Ingevolge voornoemd arrest vormt de aantasting van het collectief belang van een milieuvereniging voortaan een “eigen” belang en kan een aanslag op het collectief belang persoonlijke schade voor de rechtspersoon uitmaken.

Uit deze rechtspraak volgt verder dat een rechtspersoon die is opgericht met het specifieke doel om het leefmilieu te beschermen een morele schadevergoeding kan vorderen wegens aantasting van het collectief belang dat zij nastreeft (GwH 21 januari 2016, nr. 7/2016). Hieruit volgt dat Klimaatzaak

zich wel degelijk tot de rechter kan wenden teneinde vergoeding te vorderen voor de morele schade die zij leed ingevolge de aantasting van haar maatschappelijk doel.

De appelrechters beslissen dat Klimaatzaak wel degelijk belang heeft aangezien zij tot doel heeft het milieu te beschermen en de foutieve passiviteit van de overheden te betwisten en aanvoert persoonlijk in haar belangen te zijn geschaad.

Op grond van deze vaststellingen en gelet op bovenvermelde beginselen, konden de appelrechters oordelen dat Klimaatzaak belang heeft bij haar vordering.

Naar onze mening zou op dit punt niet met een redelijke kans op succes in cassatie opgekomen kunnen worden tegen dit arrest.

8. Naar het oordeel van de appelrechters volgt uit geen enkele wettelijke bepaling, en evenmin uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 21 januari 2016 dat Klimaatzaak enkel een morele schadevergoeding zou kunnen vorderen in geval van aantasting van het milieu en derhalve geen preventieve maatregelen zou kunnen eisen. De appelrechters benadrukken daarbij dat Klimaatzaak aanvoert dat de schade zich reeds heeft ingezet en dat verder de vordering is ingesteld met het oog op het voorkomen van verdere schade, met name een gevaarlijke opwarming van de aarde.

Overeenkomstig artikel 18 van het Gerechtelijk Wetboek moet het belang en reeds verkregen en dadelijk belang zijn. Overeenkomstig het tweede lid van deze bepaling kan de rechtsvordering worden toegelaten, indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.

Wij moeten vaststellen dat de appelrechters erop wijzen dat Klimaatzaak zich beroept op een fout die reeds werd begaan en op schade die reeds deels is ingetreden en dat de vordering anderzijds tot doel heeft een verdere gevaarlijke opwarming van de aarde tegen te gaan. Daarbij wordt opgemerkt dat het enkele feit dat de gevaarsdrempel nog niet bereikt is, niet wegneemt dat bij gebrek aan adequate actie, deze drempel zeker overschreden zal worden.

In zoverre Klimaatzaak zich beroept op een fout die reeds werd begaan en schade die deels is ingetreden, rijst er geen probleem met het reeds verkregen en dadelijk karakter van het belang.

Minder evident is echter de vordering van Klimaatzaak die tot doel heeft maatregelen te horen opleggen om verdere schade te voorkomen. Een partij heeft enkel belang om zich tot de rechter te wenden in geval van schending van een recht of om de schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen.

Dergelijke vordering is ontvankelijk indien voldaan wordt aan twee voorwaarden (J. Van De Voorde, "De rechtsvordering zonder geschil wanneer een rechterlijke tussenkomst nodig is om aan een rechtstoestand alle legitieme gevolgen te geven", P&B 2023, (95) 103, randnr. 25; P. Vanlersberghe, "Art. 17-18 Ger. W." in Comm.Ger., Mechelen, Kluwer, 2002, randnr. 22):

- De eiser moet het bewijs leveren van een zware en ernstige bedreiging die reeds een welbepaalde verstoring veroorzaakt;
- De eiser moet aantonen dat niet enkel een louter theoretische voldoening wordt nagestreefd, maar daarentegen een welbepaald en concreet voordeel.

Het bestaan van schade moet niet zeker zijn, maar de rechtsschending moet wel vaststaan (P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 385).

Te deze stellen wij vast dat Klimaatzaak aanvoerde dat de overheid een op haar rustende verplichting heeft geschonden en dat verder de schending van een ernstig bedreigd recht moet worden voorkomen. Zoals we hierboven reeds aangaven, volstaat het, opdat een partij belang zou hebben, dat zij beweert houder te zijn van een subjectief recht, ook al wordt het betwist. Op grond van de vaststelling dat Klimaatzaak beweerde houder te zijn van een subjectief recht dat niet alleen reeds geschonden is, maar dat bovendien ook in de toekomst ernstig bedreigd is, konden de appelrechters beslissen dat Klimaatzaak over het rechtens vereiste belang beschikt om de vordering in te stellen. De beoordeling dat Klimaatzaak aantoont dat haar recht ernstig bedreigd is, maakt een feitelijke boordeling uit die in cassatie onaantastbaar is.

De mogelijkheid om preventieve maatregelen te eisen wordt verder in dit advies onderzocht.

9. Het hof van beroep beslist vervolgens dat ook de vordering van de fysieke personen ontvankelijk is. De appelrechters overwegen dat de mogelijke impact van een opwarming van de aarde voor het privé en gezinsleven van elk van de bewoners van de planeet voldoende is aangetoond. Het enkele feit dat ook andere personen dezelfde schade of schending van hun fundamentele rechten kunnen ondergaan, volstaat niet om het eigen belang van elke partij om te vormen tot een algemeen belang. Het algemeen belang is immers niet de loutere samenvoeging van de individuele belangen.

Tot onze spijt zien wij evenmin een mogelijkheid om tegen deze beslissing in cassatie op te komen. Zoals hierboven werd aangegeven volstaat het, opdat een persoon belang zou hebben, dat hij beweert houder te zijn van een subjectief recht, ook al wordt het betwist.

Uit de vaststellingen van de appelrechters blijkt dat de individuele eisers beweren houder te zijn van een subjectief recht. Dit volstaat om van een belang te doen blijken.

Wat betreft het reeds verkregen en dadelijk belang verwijzen de appelrechters naar wat eerder werd overwogen in verband met het actueel belang van Klimaatzaak.

Zoals hierboven werden weergegeven, zien wij evenmin een mogelijkheid om tegen deze beslissing in cassatie op te komen. Uit de vaststellingen van de appelrechters blijkt dat de eisers zich beriepen op een ernstig bedreigd recht. Op grond van deze vaststelling konden de appelrechters besluiten dat de eisers beschikken over het rechtens vereiste belang.

10. Alvorens in te gaan op de grond van de zaak en de specifieke overwegingen van de appelrechters lijkt het ons wenselijk om eerst kort de beginselen inzake de scheiding der machten weer te geven. Zowel immers wat de vastgestelde schendingen van het EVRM en de fout op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het oud Burgerlijk Wetboek betreft, als wat de wijze van herstel betreft rijst immers de vraag of de appelrechters zich niet in de plaats stellen van de andere staatsmachten en aldus het algemeen rechtsbeginsel inzake de scheiding der machten schenden.

Het beginsel van de scheiding der machten wordt niet expliciet vernoemd in de Grondwet, maar ligt er stilzwijgend in verankerd. Volgens het Hof van Cassatie gaat het om een algemeen rechtsbeginsel dat van openbare orde is en derhalve voor het eerst voor het Hof van Cassatie kan worden aangevoerd (Cass. 4 september 2014, C.12.0535.F). Het beginsel van de scheiding der machten beoogt een evenwicht tussen de verschillende staatsmachten te realiseren (Cass. 28 september 2006, C.02.0570.F).

Het beginsel van de scheiding der machten houdt in dat elke macht het recht heeft, maar ook de plicht om de haar toebedeelde bevoegdheden uit te oefenen. Daarnaast moet elke staatsmacht er

zich van onthouden de bevoegdheden die aan een andere macht zijn toebedeeld naar zich toe te halen of de uitoefening van die bevoegdheden onmogelijk of overdreven moeilijk te maken (zie recent A. Wirtgen, “Civiele acties tegen de staat: een verstoorde balans in de *trias politica*?”, *TPR* 2022, 140, nr. 9).

Echter lijkt het geen twijfel dat de rechter controle mag uitoefenen op de andere staatsmachten. De rechter kan dan ook zijn rechtsprekende functie uitoefenen ten aanzien van de wetgevende en de uitvoerende macht. De rechter kan in het bijzonder overheidsbesluiten toetsen aan hogere rechtsregels en deze waar nodig onverbindend verklaren op grond van artikel 159 van de Grondwet. Voorts heeft de rechter ook de bevoegdheid om kennis te nemen van vorderingen die een rechtstreekse aanvechting van overheidsdaden tot voorwerp hebben en waarbij de rechter tot het onmiddellijk vrijwaren van de belangen van de rechtzoekende is geroepen indien deze belangen door het optreden van het bestuur in gevaar worden gebracht (Cass. 26 juni 1980 *Arr. Cass.* 1979-80, 1365). De rechter is dan ook bevoegd om een onrechtmatige schending van een burgerlijk recht zowel te voorkomen als te herstellen, ongeacht wie de schending heeft begaan (Cass. 21 oktober 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 277). Daarnaast is het ook onbetwist dat de rechter wetskrachtige normen aan internationale normen kan toetsen (Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959). Naast de mogelijkheid om een strijdige internrechterlijke regel buiten toepassing te verklaren, bestaat ook de mogelijkheid om bij een schending van een direct werkende internationale rechtsnorm een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen de overheid (A. Wirtgen, “Civiele acties tegen de staat: een verstoorde balans in de *trias politica*?”, *TPR* 2022, 149, nr. 22).

Dit impliceert dat de overheid wel degelijk aansprakelijk gesteld kan worden op grond van de artikelen 1382 en 1383 van het oud Burgerlijk Wetboek ingevolge een gedraging die niet overeenstemt met die van een normaal zorgvuldige en voorzichtige overheid die in dezelfde omstandigheden verkeert of een miskennis inhoudt van een nationaalrechtelijke norm of van een norm van een internationaal verdrag met rechtstreekse werking in de rechtsorde, die deze overheid verplicht om iets op een bepaalde manier niet te doen of wel te doen (Cass. 19 maart 2010, C.05.0197.S; Cass. 9 februari 2017, C.13.0528.F).

Niet alleen de uitvoerende macht, maar ook de wetgever kan aansprakelijk gesteld worden voor begane fouten. Het beginsel van de scheiding der machten staat er derhalve niet aan in de weg dat een rechtbank van de rechterlijke orde de Staat veroordeelt tot herstel van de schade die het gevolg is van een fout van de wetgever. Een dergelijke fout kan bestaan in de schending van een hogere norm die de Staat een verplichting oplegt, zoals artikel 6 EVRM (Cass. 28 september 2006, C.02.0570.F). De wetgever begaat een fout wanneer hij hetzij een bovenwettelijke norm heeft geschonden die hem verplicht iets op een bepaalde manier niet te doen of wel te doen, hetzij een gedraging stelt die neerkomt op een verkeerd optreden dat beoordeeld moet worden volgens de maatstaf van een normaal zorgvuldige en voorzichtige overheid die in dezelfde omstandigheden verkeert (A. Wirtgen, “Civiele acties tegen de staat: een verstoorde balans in de *trias politica*?”, *TPR* 2022, 166, nr. 38). Een fout kan ook worden vastgesteld bij verzuim van de wetgever (P. Van Ommeslaghe en J. Verbist, “Overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de wetgevende macht”, *TPB* 2009, 16).

Een belangrijke grens aan de rechterlijke controle op andere staatsmachten bestaat er evenwel in dat de rechter enkel de wettigheid van het optreden van het bestuur/de overheid mag controleren, maar niet de opportuniteit ervan. De rechter mag zich derhalve niet in de plaats stellen van het bestuur. Dit is in het bijzonder het geval wanneer het bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikt, waarbij het bestuur de meest geschikt lijkende oplossing kan kiezen. Illustraties hiervan worden geboden door de arresten inzake de nachtvluchten van 4 maart 2004 en van 3 januari 2008 (Cass. 4 maart 2004, *Arr. Cass.* 2004, 392; Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N). In deze arresten

besliste het Hof van Cassatie dat de rechter enkel bepaalde daden kan opleggen of verbieden wanneer hij in redelijkheid tot de conclusie is gekomen dat het bestuur niet heeft gehandeld binnen de grenzen waarin het moet optreden.

Zodra er een subjectief recht bestaat, heeft de rechterlijke macht de bevoegdheid te verhinderen dat het bestuur daaraan op onrechtmatige wijze afbreuk doet, ook al beschikt het over een discretionaire bevoegdheid. De hoven en rechtbanken kunnen op verzoek van een partij die zich op een subjectief recht beroept, aan de overheid maatregelen opleggen die nodig zijn om een schending van het recht te voorkomen, te beëindigen of te herstellen. Echter mag de rechter niet regulerend optreden, hetgeen wordt bevestigd door artikel 6 van het Gerechtelijk Wetboek dat de rechter verbiedt uitspraak te doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking (cf. Cass. 27 juni 2002, C.99.0553.N). Artikel 159 van de Grondwet kan geen aanleiding geven tot enige bevoegdheidsovergang, zelfs als de overheid nagelaten heeft te handelen waar zij een verplichting had om te handelen. Dit impliceert dat de rechter door zijn beslissing niet rechtstreeks de rechten en plichten van burgers die geen partij bij het geschil waren mag raken. De rechter mag geen regels uitvaardigen die een algemene draagwijdte beogen en die verplichtingen creëren voor personen die geen partij zijn bij het geschil. Bovendien kan de rechter niet zelf een discretionaire bevoegdheid die aan het bestuur toekomt, uitoefenen (Cass. 17 maart 2003, S.02.0022.N).

Daarenboven kan de rechter slechts in beperkte mate bevelen geven aan de overheid. Weliswaar kan de rechter een bevel geven aan de overheid om de foutieve schending van een subjectief recht te voorkomen, te beëindigen of te herstellen, maar een injunctie die de overheid verplicht om haar discretionaire bevoegdheid op een welbepaalde wijze uit te oefenen, is in strijd met de scheiding der machten (Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N; Cass. 4 september 2014, C.12.0535.F).

Volgens het klassieke standpunt is er in het specifieke geval waarin de overheid op foutieve wijze is tekortgeschoten in haar verplichting om wet- of regelgeving uit te vaardigen, geen ruimte voor de rechter om aan de overheid bevel te geven om wetgevend op te treden (zie hierover E. Maes, "De wetgever in de greep van het Brussel-Halle-Vilvoorde arrest. En van de burger?" En A. Alen en J. Van Nieuwenhove (eds.), *Leuvense staatsrechtelijke standpunten 1*, Brugge, die Keure, 2008, 123-124). Echter blijkt dat de rechtspraak steeds meer in de richting gaat van de mogelijkheid om aan de overheid wel een bevel op te leggen om normerend op te treden (bijv. Rb. Brussel 9 januari 2019, *JLMB* 2019, 414, noot). In de rechtsleer wordt hierover aangegeven dat het niet strijdig is met het beginsel van de scheiding der machten om een bevel te geven om maatregelen te nemen om een bepaald doel te bereiken. De injunctie kan derhalve enkel betrekking hebben op het principe van een aan te nemen gedrag, maar waarbij de overheid over de mogelijkheid moet blijven beschikken om de uitvoeringsmodaliteiten te bepalen (A. Wirtgen, "Civiele acties tegen de staat: een verstoorde balans in de *trias politica*?", *TPR* 2022, 196, nr. 65). Een dergelijke mogelijkheid zou voortvloeien uit het beginsel van de effectieve rechtsbescherming, zoals gewaarborgd door de artikelen 6 en 13 EVRM en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (S. Van Drooghenbroeck, "Flandria, Anca, Ferrara Urgenda ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction", *JT* 2020, 753). Vereist is dan wel dat het te bepalen doel volgt uit het objectief recht en dat de overheid vrij blijft in de keuze van de middelen om dat doel te bereiken (A. Wirtgen, "Civiele acties tegen de staat: een verstoorde balans in de *trias politica*?", *TPR* 2022, 199, nr. 66).

Concluderend kan worden gesteld dat de rechter weliswaar kan onderzoeken of de overheid foutief heeft gehandeld, maar dat hij hierbij bepaalde grenzen dient te eerbiedigen. In het bijzonder mag de rechter zich niet in de plaats stellen van het overheid en zelf beleidskeuzes maken. Verder kan de rechter niet zelf regulerend optreden en aan derden verplichtingen opleggen. Hoewel het niet ondenkbaar is dat er aan de overheid bevelen zouden worden opgelegd, is hiertoe vereist dat dit

bevel noodzakelijk is om de inbreuk op een subjectief recht te verhinderen of te beëindigen, dan wel voortvloeit uit een regel van objectief recht. Ten slotte moet de overheid vrij blijven in de keuze van de middelen om het doel te bereiken dat uit het objectief recht volgt.

De beslissingen van de appelrechters in de onderzochte zaak zullen hierna getoetst worden aan bovenvermelde beginselen.

11. Wat de grond van de zaak betreft, beoordelen de appelrechters in eerste instantie de aangevoerde schending van de artikelen 2 en 8 van het EVRM. Zij bespreken daarbij achtereenvolgens

- de inhoud van deze bepalingen,
- de controlebevoegdheid van de nationale rechter, de subsidiariteit en de beoordelingsruimte,
- de directe werking van de artikelen 2 en 8 EVRM
- de toepassing van voormelde beginselen op de huidige zaak.

De appelrechters oordelen dat het recht op leven, zoals vervat in artikel 2 van het EVRM de positieve verplichting inhoudt om maatregelen te nemen indien er een reëel en onmiddellijk risico voor het leven bestaat. De appelrechter stellen daarbij vast dat de Staat geen resultaatsverbintenis heeft, maar wel een middelenverbintenis en dat de beoordelingsbevoegdheid van de Staten in geval van aantastingen aan het milieu in beginsel groter is.

Wat betreft de controlebevoegdheid van de nationale rechter merken de appelrechters op dat uit de noodzaak van een effectieve rechtsbescherming, zoals vervat in de artikelen 13 en 35 van het EVRM, een recht voortvloeit om de schending van een recht gewaarborgd door het Verdrag te doen stopzetten en zelfs te voorkomen. Het komt in eerste instantie aan de wetgever toe om de nodige maatregelen te nemen en de bevoegdheid van de rechtbanken is slechts marginaal, zeker wat betreft de middelen om milieudoelstellingen te bereiken. Dit beginsel geldt echter in de relatie tussen het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de nationale overheden en geldt niet voor de nationale rechter. Niettemin volgt uit de beginsel van de scheiding der machten wel dat de rechter slechts marginaal mag toetsen.

De appelrechters overwegen vervolgens dat, hoewel in de regel wordt aangenomen dat slechts de negatieve verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 2 en 8 directe werking hebben en niet de positieve verplichtingen die uit deze bepalingen voortvloeien, deze problematiek niet in abstracto bekeken kan worden, maar er rekening gehouden moet worden met de interpretatie van deze bepalingen door het EHRM en met de context waarin de bepalingen worden toegepast. Aannemen dat deze bepalingen geen directe werking zouden hebben, zou hen ontdoen van effectiviteit. De appelrechters zijn van oordeel dat zij slechts tot een schending van de artikelen 2 en 8 van het EVRM zouden kunnen besluiten indien aangetoond wordt dat de overheden niet de gepaste en redelijke maatregelen hebben genomen die zich minimaal aan hen opdrongen rekening houdend met vaststaande wetenschappelijke kennis.

Wat de toepassing van de beginselen betreft, beslissen de appelrechters dat het niet van belang is te weten of het leven van de fysieke personen in gevaar is of dat er een risico bestaat dat hun recht op bescherming van het privéleven en gezinsleven ingevolge de klimaatopwarming ernstig wordt bedreigd, maar wel of, ingevolge deze klimaatopwarming, er een reëel en onmiddellijk risico bestaat die de overheden verplicht om te handelen teneinde dit gevaar te voorkomen of te doen ophouden. Met andere woorden moet onderzocht worden of de overheden hun bijdrage hebben geleverd in de

strijd tegen de klimaatopwarming teneinde de overschrijding van de gevaarlijke drempel te vermijden. Het is daarbij van geen belang dat de maatregelen op zichzelf genomen de klimaatopwarming niet kunnen voorkomen. Elke maatregel heeft immers met zekerheid een effect op de klimaatopwarming.

De appelrechters merken op dat het niet correct is dat de eerbiediging door de Belgische staat van de verplichtingen die door de Europese Unie worden opgelegd volstaat om te besluiten tot de naleving van de artikelen 2 en 8 van het EVRM. Het gaat immers slechts om minimale vereisten die de lidstaten van de Europese Unie niet verbieden om een meer ambitieuze doelstelling na te streven. Het is daarbij niet betwist, minstens onbetwistbaar dat de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen hiertoe het belangrijkste middel vormt.

Specifiek met betrekking tot het recht op leven stellen de appelrechters vast dat

- er een reëel en onmiddellijk risico voor het leven van de eisers bestaat, hetgeen door de overheden niet wordt betwist,
- de overheden op de hoogte zijn van dit risico en wisten dat de broeikasgassen in 2020 met minstens 25% dienden te worden verminderd in vergelijking met 1990,
- gelet op de wetenschappelijke kennis die later duidelijk werd, diende het Vlaamse Gewest een doelstelling van minstens -30% in 2020 te halen, hetgeen niet gebeurde,
- voor wat betreft de periode 2021-2030 wordt een verlaging van 55% aangenomen die naar het oordeel van het hof van beroep noodzakelijk is om artikel 2 EVRM na te leven. Deze maatstaf werd naar het oordeel van het hof van beroep evenmin gehaald.

Naar onze mening kan gepoogd worden tegen deze beslissing in cassatie op te komen.

Overeenkomstig artikel 2 van het EVRM wordt het recht van eenieder op het leven beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, tenzij bij wege van tenuitvoerlegging van een vonnis, dat is uitgesproken door een rechtbank, wegens een misdrijf waarop de wet de doodstraf heeft gesteld. Het recht op leven houdt ook bepaalde positieve verplichtingen in. Deze positieve verplichtingen kunnen ook gelden in milieuzaken (EHRM, Öneriyildiz t. Turkije [GK] 2004, § 71). De positieve verplichting om het leven te beschermen geldt in elk geval in het kader van industriële activiteiten die van nature gevaarlijk zijn (ibid.). Positieve verplichtingen kunnen ook gelden wanneer het leven bedreigd wordt door een natuurlijke catastrofe waarbij het gevaar imminent is en duidelijk geïdentificeerd kan worden (zoals bij modderstromen (EHRM, Boudaieva e.a. t. Rusland, 2008, § 146) of aardbevingen (EHRM Özel e.a. t. Turkije, 2015, § 170-171)). Artikel 2 is niet enkel van toepassing wanneer een persoon overleden is, maar ook wanneer een persoon blootgesteld werd aan een ernstig risico dat levensbedreigend is (EHRM Kolyadenko e.a. t. Rusland, 2012, §151-155 en 191). Vereist is dan wel dat de autoriteiten op de hoogte zijn van het imminente gevaar (EHRM, Öneriyildiz t. Turkije [GK] 2004, § 71). Het EHRM gaat na of de overheid alle maatregelen heeft genomen opdat het leven niet onnodig in gevaar zou worden gebracht. De overheid heeft met andere woorden de verplichting om een legislatief een bestuurlijk kader op poten te zetten dat een efficiënte preventie biedt. Belangrijk is ook dat voldoende informatie aan het publiek wordt gegeven en dat er adequate procedures bestaan (EHRM, Öneriyildiz t. Turkije [GK] 2004, § 90, 132 en 152-155). De keuze van de concrete maatregelen behoort toe aan de overheid die op dit punt over een beoordelingsmarge beschikt. Aan de overheid mogen geen buitensporige lasten worden opgelegd waarbij geen rekening wordt gehouden met de keuzes die de overheid moet maken inzake prioriteiten en middelen. Dit heeft tot gevolg dat de overheid over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt (EHRM, Öneriyildiz t. Turkije [GK] 2004, § 107; zie in dezelfde zin E. Dirix, "Aansprakelijkheid van en tegen de overheid in tijden van budgettaire krapte" in N.

Carette en B. Weyts (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen, Intersentia, 2017). Om na te gaan of de overheid voldaan heeft aan haar verplichtingen die voortvloeien uit artikel 2 EVRM moet rekening gehouden worden met de bijzondere omstandigheden van de zaak, waaronder de interne legaliteit van de handelingen van de overheid, de wijze waarop de beslissing tot stand gekomen is en de complexiteit van het vraagstuk wanneer ook andere door het EVRM beschermde belangen in het geding zijn (EHRM, Boudaieva e.a. t. Rusland, 2008, § 136).

De appelrechters stellen vast dat er een dreigend gevaar is en dat de overheden op de hoogte zijn van dit dreigend gevaar. Zij stellen vast dat de overheid onvoldoende maatregelen heeft genomen om dit dreigend gevaar weg te nemen.

Hoewel deze beoordeling op zich een feitelijke beoordeling uitmaakt, menen wij dat er niettemin gepoogd kan worden in cassatie op te komen tegen deze beslissing.

Naar onze mening zou aangevoerd kunnen worden dat er slechts sprake kan zijn van een schending van artikel 2 EVRM wanneer een gevaar dreigt voor een bepaalde persoon of een bepaalde groep van personen, maar dat deze bepaling niet van toepassing is wanneer de gehele wereldbevolking wordt bedreigd. Het EVRM beschermt immers slechts individuele rechten en vrijheden en houdt geen verplichting in om een algemeen klimaatbeleid te voeren (EHRM, Cordella t. Italië, 2019, § 100). Verder zou aangevoerd kunnen worden dat de appelrechters onvoldoende vaststellen dat er een concrete en imminente dreiging is. Weliswaar verwijzen de appelrechters naar de toenemende hittegolven die bedreigend zijn voor ouderen, maar er blijkt niet of en in welke mate er bij de eisers dergelijke personen bevinden. Evenmin onderzoeken de appelrechters of de overheden maatregelen genomen hebben om deze oudere personen te beschermen, bijvoorbeeld door het geven van informatie ingeval van hittegolven.

Meer in het algemeen moet worden vastgesteld dat de appelrechters zich er niet toe beperken om te onderzoeken of de overheid met inachtneming van het geheel van de op haar rustende verplichtingen en gelet op de complexiteit van de materie aan een zorgvuldige besluitvorming heeft gedaan, maar stellen zij vast wat de overheid minimaal had moeten en nog moet doen teneinde het recht op leven te beschermen. In het bijzonder stellen de appelrechters met betrekking tot de periode 2013-2020 vast dat het Vlaamse Gewest als doelstelling moest hebben om de uitstoot van broeikasgassen met 30% te verminderen in 2020, en dat wat betreft de periode 2021-2030 de uitstoot met 55% verminderd diende te worden. De appelrechters houden hierbij op geen enkele wijze rekening met andere belangen en in het bijzonder andere fundamentele rechten en vrijheden die door de overheid eveneens beschermd moeten worden. Op dit punt zou aangevoerd kunnen worden dat de appelrechters artikel 2 van het EVRM schenden.

Naar onze mening kan aangevoerd worden dat de appelrechters hierdoor eveneens het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten schenden. Vanuit de vaststelling dat de klimaatopwarming een ernstige dreiging vormt voor elk individu, stellen zij niet enkel vast dat de klimaatopwarming moet worden tegengegaan door het verminderen van de uitstoot van de broeikasgassen, maar bovendien stellen zij een concreet doel vast dat naar hun oordeel moeten worden bereikt. Evenwel bestaat er in geen geval enig subjectief recht van de burger op een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen tot het door de appelrechters vastgestelde niveau. Evenmin bestaat er enige regel van objectief recht in die zin. Er kan de appelrechter dan ook verweten worden om zelf regulerend op te treden in strijd met het beginsel van de scheiding der machten.

Bovendien beslissen de appelrechters op welke wijze de overheid te werk moet gaan om het leven van de burgers te beschermen, en ontnemen zij hierdoor aan de overheden hun beoordelingsvrijheid.

Hierbij kan nog worden aangevoerd dat de appelrechters aan de wetgever strengere normen opleggen dan deze die door de Europese Unie worden opgelegd. Door te beslissen dat de minimale drempel voor de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen 30% tot 55% bedraagt, terwijl deze naar de Europese normen lager liggen, schenden de appelrechters de toepasselijke bepalingen van Europees recht evenals het algemeen rechtsbeginsel houdende de scheiding der machten.

Wij stellen nog vast dat de appelrechters overwegen dat het reëel en onmiddellijk karakter van de gevolgen van de klimaatopwarming niet betwist wordt. De appelrechters verwijzen op dit punt naar bladzijde 16 van de conclusie van het Vlaamse Gewest waar verwezen wordt naar een politieke verklaring van de "Conference des Parties" die de urgentie van een wijziging van het klimaatbeleid in de verf zet en de noodzaak voor de partijen om het maximum te doen opdat hun bijdrage op nationaal niveau zou worden herzien met een hoger niveau van ambitie. In zoverre de appelrechters uit deze zin afleiden dat het een reëel en onmiddellijk karakter van de gevolgen van de klimaatopwarming niet betwist wordt door het Vlaamse Gewest, schenden zij de bewijskracht van de conclusie van het Vlaamse Gewest en van deze verklaring waarvan geenszins blijkt dat zij van het Vlaamse Gewest zelf uitging. Het Vlaamse Gewest voerde integendeel uitdrukkelijk aan dat de eisers niet aantonen in welke zin hun recht op leven concreet en onmiddellijk ernstig bedreigd zou zijn.

12. De appelrechters beslissen vervolgens dat er eveneens een schending voorligt van artikel 8 van het EVRM. Zij overwegen in het bijzonder dat er een impact zal zijn op de plaats en de omstandigheden van het leven van alle individuen en dat deze impact bijzonder belangrijk is. De appelrechters verwijzen naar de stijging van de temperaturen en van het zeeniveau, het verhoogd risico op overstromingen, wateroverlast, negatieve impact op de gezondheid, het gevaar op de voedselveiligheid, milieumigratie en verhoogde armoede. Dit alles vermindert op ernstige wijze de mogelijkheid van de personen om te genieten van hun woonst en hun privé- en gezinsleven. Op dit punt verwijzen de appelrechters wel naar het feit dat er een juist evenwicht gevonden moet worden tussen de belangen van het individu enerzijds en de belangen van de samenleving in haar geheel, hetgeen naar het oordeel van de appelrechters impliceert dat het opleggen van drempels op een bijzonder voorzichtige wijze moet gebeuren.

Volgens de vaste rechtspraak van het EHRM kunnen ernstige aantastingen van het milieu een impact hebben op het welzijn van een persoon en deze persoon het genot van zijn woonplaats ontnemen en het recht op bescherming van het privé- en gezinsleven schaden (EHRM, López Ostra t. Spanje, 1994, § 51). Echter komt artikel 8 EVRM pas in het gedrang wanneer een persoon op directe wijze een ernstig nadeel ondervindt van lawaai of andere vormen van vervuiling of hinder (EHRM, Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk [GK], 2003, § 96). Dit veronderstelt in eerste instantie dat er een directe weerslag is op de woning of het privé- of gezinsleven van de persoon. Een algemene degradatie van het milieu geeft geen aanleiding tot een schending van artikel 8 van het EVRM (Ivan Atanasov t. Bulgarije, 2010, § 66; EHRM Guerra e.a. t. Italië, 1998 §57; EHRM, Luginbühl t. Zwitserland (déc.), 2006; EHRM, Thibaut t. Frankrijk, 2022, § 38; EHRM Kyrtatos t. Griekenland, 2003, § 52). Bovendien is vereist dat de inmenging een minimale ernst bereikt. Dit moet beoordeeld worden rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak (EHRM Fadejeva t. Rusland, 2005, § 69). Van een schending van artikel 8 kan slechts sprake zijn wanneer de woning, dan wel het privé- of gezinsleven van een persoon significant geraakt wordt (EHRM McGinley en

Egan t. Verenigd Koninkrijk, 1998, §96-97). Er moet een voldoende nauwe band bestaan tussen enerzijds de aantasting van het milieu en anderzijds het privé- of familieleven (EHRM Taşkin t. Turkije, 2004, § 112-113). Het gevaar moet met andere woorden specifiek betrekking hebben op de toestand van de verzoeker (EHRM, Folkman e.a. Tsjechische Republiek (déc.), 2006; Sdružení Jihočeské Matky t. Tsjechische Republiek (déc.), 2006).

Bij het vaststellen van positieve verplichtingen van de overheid moet naar juist evenwicht gezocht worden tussen de concurrerende belangen van het individu enerzijds en van de samenleving in haar geheel genomen anderzijds. De Staat beschikt over grote beoordelingsruimte (EHRM, Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk [GK], 2003, § 100; EHRM Taşkin t. Turkije, 2004, § 116).

De appelrechters beslissen dat er wel degelijk een belangrijke invloed is op de woonst en op het privé- en familieleven van de eisers, en dat dit risico ernstig en onmiddellijk is. Er zou aangevoerd kunnen worden dat de appelrechters artikel 8 van het EVRM schenden door te beslissen dat deze bepaling ook van toepassing is in gevallen waarin de partijen zich slechts beroepen op schade die voor een ieder op gelijke wijze voelbaar is. Artikel 8 beschermt immers enkel individuele rechten en vrijheden.

Verder kan aangevoerd worden dat de appelrechters, hoewel zij in algemene termen aangeven dat er ook rekening gehouden moet worden met andere belangrijke maatschappelijke factoren, zelf beslissen op welke wijze de overheid moet optreden in plaats van te toetsen of de overheid gelet op alle concurrerende rechten en op de complexiteit van de zaak zorgvuldig is te werk gegaan.

Ook op dit punt kan de appelrechters derhalve een schending verweten worden van artikel 8 EVRM, van het algemeen rechtsbeginsel houdende de scheiding der machten en van de toepasselijke bepalingen van het Europees recht.

13. De appelrechters stellen vervolgens eveneens een fout vast in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het oud Burgerlijk Wetboek. Zij beslissen dat onderzocht dient te worden of de overheid, en in het bijzonder de wetgever, te werk is gegaan zoals van een normaal zorgvuldig wetgever geplaatst in dezelfde omstandigheden mag worden verwacht. De appelrechters zijn daarbij van oordeel dat de wetgever niet handelt zoals een goed huisvader wanneer hij nalaat te handelen wanneer er gevaar dreigt.

De appelrechters wijzen er daarbij op dat de wetgever weliswaar over een ruime beoordelingsmarge beschikt en dat de rechter zich niet in de plaats mag stellen van de wetgever, maar dat de rechter het beginsel van de scheiding der machten niet schendt indien hij zich houdt aan minimale vereisten die door normen van internationaal recht, rekening houdend met de context, een direct effect hebben of, bij gebrek aan dergelijke normen, zich houdt aan de minimale normen waarover een wetenschappelijke en politieke consensus bestaat.

De appelrechters merken daarbij op dat er geen bindende regel van internationaal recht bestaat die een welbepaald gedrag oplegt zodat de gedragsnorm onderzocht moet worden. Niettemin beslissen de appelrechters verder in het arrest dat de overheden een dwingende norm van internationaal recht schenden die voldoende duidelijk is (blz. 129 van het arrest). De appelrechters besluiten op grond van de schending van de artikelen 2 en 8 van het EVRM tot een fout in de zin van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek. Deze beslissing vloeit volledig voort uit de vaststelling van de schending van de artikelen 2 en 8 EVRM zodat de vernietiging van de beslissing met betrekking tot de schending van de artikelen 2 en 8 EVRM ook een vernietiging tot gevolg zal hebben van de beslissing dat de overheden een fout hebben begaan door voormelde bepalingen van het EVRM te schenden.

De appelrechters zijn van oordeel dat het mogelijk is om zonder schending van het beginsel van de scheiding der machten vast te stellen in welke mate elke entiteit inbreuk maakt op de algemene voorzichtigheidsplicht. In antwoord op het middel van de overheden dat er ook rekening gehouden moet worden met andere politieke overwegingen van algemeen belang (economische, fiscale, budgettaire, ...) antwoorden de appelrechters dat het uitstellen van maatregelen inzake het milieu nog veel duurder zou zijn.

De appelrechters stellen vervolgens vast dat de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zich foutief hebben gedragen in zoverre hun bijdrage in de verlaging van de uitstoot van broeikasgassen onvoldoende is in het licht van de wetenschappelijke inzichten die op dat ogenblik golden. De appelrechters herhalen dat België wist dat een vermindering van de uitstoot van broeikasgassen met minstens 25% zich opdrong voor de periode tot 2020, zelfs indien de Europese Unie een minder ambitieuze doelstelling vooropstelde (- 20%). Ook dit minimum van - 25% was overigens onvoldoende sinds 2015. Het hof van beroep besluit dat sinds minstens 2018 een vermindering van 30% uitstoot broeikasgassen het minimum was in het licht van de voorzorgplicht.

De appelrechters beslissen dat er geen sprake meer kan zijn van enige beoordelingsvrijheid onder deze drempel, zodat er ook geen afweging meer gemaakt moeten worden met andere belangen zoals de sociale cohesie of de economische groei.

De appelrechters beslissen dat niet enkel het klimaatbeleid foutief was, maar ook de uitwerking ervan. Noch de Belgische Staat, noch het Vlaamse Gewest, noch het Brussels Hoofdstedelijk Gewest hebben de maatregelen genomen die nodig waren, noch hebben zij hieromtrent samengewerkt.

De appelrechters besluiten tot een fout van de drie bovenvermelde entiteiten.

De appelrechters besluiten eveneens tot een fout voor de periode tot 2030. De appelrechters beslissen dat het Gewest een fout heeft begaan door enerzijds laattijdig de klimaatambities te hebben verhoogd en anderzijds onvoldoende gedaan te hebben om de uitstoot van broeikasgassen tegen 2030 te verminderen met 55%.

Naar onze mening kan gepoogd worden tegen deze beslissing in cassatie op te komen. In het bijzonder kan aangevoerd worden dat het beginsel van de scheiding der machten wordt miskend, in zoverre de appelrechters zelf bepalen welke minimumdrempel behaald moet worden zonder dat deze vastgelegd is in het objectieve recht. De appelrechters treden hiermee zelf regulerend op en ontnemen de overheden hierdoor hun beleidsvrijheid.

14. De appelrechters beslissen nog dat de samenwerking tussen de verschillende entiteiten in België te wensen overlaat. Elke partij moet loyaal bijdragen. Weliswaar houdt een gebrek aan samenwerkingsakkoord op het nationale niveau niet noodzakelijk in dat er fouten zijn begaan door elke partij die dit akkoord moet onderhandelen. Evenwel neemt dit de individuele aansprakelijkheid van de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest niet weg en dit gelet op hun gebrek aan ambitie en resultaten.

Naar onze mening stellen de appelrechters met deze overwegingen niet vast dat het Vlaamse Gewest een fout heeft begaan door onvoldoende samen te werken. De fout lijkt eerder te bestaan in een individueel gebrek aan ambitie en resultaten.

Niettemin lijkt het ons wenselijk om op deze overwegingen samen met de andere overwegingen betreffende de fout van het Vlaamse Gewest aan te vechten. Wat dit punt betreft zou aangevoerd

kunnen worden dat de appelrechters niet concreet vaststellen welke fout door elk van de partijen zou zijn begaan, zodat de appelrechters hun beslissing op dit punt niet naar recht verantwoorden.

15. Wat de schade betreft, voerde het Vlaamse Gewest in conclusie aan dat de eisers geen persoonlijke en reële schade kunnen aantonen, maar enkel een hypothetische schade.

De appelrechters beslissen in eerste instantie dat de schade die door de eisers wordt ingeroepen niet zuiver milieuschade betreft maar wel degelijk schade aan hun persoon en privévermogen. Het gaat om reële schade zowel actuele als toekomstige. De appelrechters verwijzen naar de hittegolven, periodes van droogte en wateroverlast die in de toekomst alleen maar erger zullen worden. De appelrechters verwijzen ook naar angstschade en de economische kost die samenhangt met natuurrampen die het gevolg zijn van de klimaatwijziging alsook naar de kosten die noodzakelijk zijn om de gevolgen van de klimaatwijziging tegen te gaan, waaronder de werken die nodig zijn om zich aan te passen aan de stijging van de zeespiegel.

De appelrechters beslissen dat het vaststaat dat deze schade door elk van de partijen individueel ondergaan zal worden aangezien geen van de partijen ontsnapt aan de negatieve gevolgen van de klimaatwijziging.

Overeenkomstig artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek verplicht elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden. Deze bepaling strekt ertoe persoonlijke schade te vergoeden (H. Bocken, Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu, 1979, 82, nr. 49 e.v.). Schade impliceert een vorm van waardeverlies. De aantasting van een object waarbij de eiser gewoonlijk belang heeft is op zich geen bewijs van schade. Enkel de daaruit voortvloeiende weerslag, dit is het concrete waardeverlies, voor de eiser is schade. Er moet derhalve een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen de schade enerzijds en de aantasting van het belang zelf. Dit onderscheid wordt ook gemaakt in het nieuwe aansprakelijkheidsrecht (art. 6.25 van het wetsvoorstel dat bepaalt dat "Schade bestaat uit de economische en niet-economische weerslag van de aantasting van een juridisch beschermd belang").

Dit impliceert dat de aantasting van milieubestanddelen niet kan leiden tot eigen schade. Dit kan enkel het geval zijn wanneer iemand persoonlijk waarde haalt uit milieubestanden op een manier die bijzonder is ten opzichte van het algemeen belang. Dit kan het geval zijn wanneer de eiser kan aantonen dat de aantasting van het leefmilieu tevens een aantasting vormt van zijn fysieke integriteit, wanneer de eiser gehinderd wordt in het gebruik of het genot van goederen van het openbaar domein, wanneer de milieuaantasting een concrete weerslag heeft op het patrimonium van de eiser of wanneer het leefmilieu van de eiser zelf is aangetast (zie hierover H. Bocken, Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu, 1979, 88, nr. 54-56).

Te dezen stellen de appelrechters vast dat de eisers elk individueel schade lijden ingevolge de economische kost die samenhangt met natuurrampen die het gevolg zijn van de klimaatwijziging, evenals ingevolge de kosten die noodzakelijk zijn om de gevolgen van de klimaatwijziging tegen te gaan, waaronder de werken die nodig zijn om zich aan te passen aan de stijging van de zeespiegel.

Deze schadeposten zijn naar ons oordeel geen schadeposten die door de eisers individueel geleden zullen worden, minstens staat dit niet vast. Het staat immers niet vast of en in hoeverre elk van de eisers individueel zullen dienen bij te dragen tot de verhoogde kosten inzake de klimaatwijziging.

Naar onze mening kan derhalve eveneens op dit punt gepoogd worden in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest.

Ook wat de angstschade betreft, is het arrest naar onze mening voor kritiek vatbaar. Er wordt aangenomen dat “angst” en “vrees” op zich juridisch niet kwalificeert als schade. De angst moet een verder nadeel, of verlies van een voordeel, veroorzaken (I. Samoy en W. Vandenbussche, “Angstschade: doos van Pandora of sleutel voor de toekomst?” in M. Kruithof, *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 222, nr. 19; P. Gilliaerts en I. Samoy, “Angstschade in de strijd tegen luchtvervuiling en klimaatverandering - Wat valt er te vrezen”, *RW* 2019-20, 878-880).

16. Wat betreft Klimaatzaak beslissen de appelrechters dat zij morele schade lijdt wegens de schending van haar maatschappelijk doel.

Er bestaat eveneens discussie over de vraag of een morele schadevergoeding kan worden toegekend aan milieuverenigingen. Loutere hinder bij de doelrealisatie van een algemeen belang geldt in beginsel immers niet als schade, ook al is het opgenomen in het statutair doel (S. Stijns en I. Samoy, *Leerboek verbintenissenrecht 1bis*, Brugge, die Keure, 2020, 131, nr. 100; W. Van Gerven en A. Van Oevelen, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2021, 458-359). tenzij de milieuvereniging concrete kosten maakt, of een effectief gebruik en genot van de milieugoederen kunnen aantonen, lijdt zij immers geen concrete waardeverlies (M. Kruithof, “Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter”, *Preadviezen voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 136, nr. 112).

Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, volgt uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van het Grondwettelijk Hof echter dat een rechtspersoon die is opgericht met het specifieke doel om het leefmilieu te beschermen morele schadevergoeding kan vorderen wegens aantasting van het collectief belang dat zij nastreeft (Cass. 11 juni 2013, P.12.1389.N; GwH 21 januari 2016, nr. 7/2016).

De appelrechters zetten uiteen dat het maatschappelijk doel van klimaatzaak erin bestaat om de huidige en toekomstige generaties te beschermen tegen de klimaatverandering, de teloorgang van biodiversiteit en de bescherming van het leefmilieu. Zij stellen vast dat deze belangen geschaad zijn door het risico van de klimaatopwarming met meer dan 1,5 °C.

Op grond van deze overwegingen verantwoordt de appelrechters naar recht hun beslissing dat ook Klimaatzaak schade lijdt.

Wij moeten evenwel vaststellen Klimaatzaak geen schadevergoeding vraagt die strekt tot de vergoeding van de door haar geleden morele schade, maar wel vraagt dat aan de verschillende overheden bevel zou worden opgelegd om maatregelen te nemen. Deze problematiek wordt verder in het advies onderzocht.

17. De appelrechters beslissen vervolgens dat dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de fout en bepaalde door de eisers geleden schade.

Het gaat in het bijzonder om de volgende schade :

- verlies van een kans om de gevolgen van de klimaatopwarming te vermijden zoals die zich vandaag voordoet en in de toekomst zullen voordoen
- de angstschade,
- de morele schade,
- de aantasting van de belangen verdedigd door Klimaatzaak,

- de buitensporige vermindering van het koolstofbudget.

De appelrechters stellen vast dat zonder deze fouten, de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich heeft voorgedaan.

Deze beoordeling maakt een feitelijke beoordeling uit die in cassatie onaantastbaar is. Zoals gezegd, menen wij dat er wel kan worden opgekomen tegen deze beslissing in zoverre de door de appelrechters vastgestelde schade geen individuele schade uitmaakt. Enkel de angstschade en de morele schade lijken ons individuele schade te zijn.

18. De appelrechters leggen aan de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bevel op om samen met het Waalse Gewest de noodzakelijke maatregelen te nemen om hun deel te doen in de vermindering van de totale uitstoot van broeikasgassen ten belope van minstens 55% in 2030 in vergelijking tot 1990. De appelrechters stellen vast dat de partijen zelf moeten uitmaken wie welk aandeel hierin draagt.

Zij zijn van mening dat zij aldus geen afbreuk doen aan de scheiding der machten omdat zij het aan de partijen zelf overlaten om te beslissen hoe zij hierbij te werk zullen gaan.

De vraag rijst of de appelrechters aldus wettig dit bevel opleggen.

In de rechtspraak en rechtsleer wordt aanvaard dat een vergoeding van de schade op grond van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek zowel kan gebeuren middels de betaling van een schadevergoeding als middels een herstel in natura. Het Hof van Cassatie besliste dat herstel van de schade in natura is de normale wijze van vergoeding van schade. De rechter is bijgevolg verplicht het herstel van de schade in natura te bevelen wanneer het slachtoffer dit vordert of de aansprakelijke dit aanbiedt en deze wijze van herstel bovendien mogelijk is en geen rechtsmisbruik uitmaakt (Cass. 7 september 2021, P.21.0509.N; Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N; Cass. 20 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, nr. 39; Cass. 26 juni 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, nr. 686).

Hieruit wordt afgeleid dat de rechter een verbod of gebod kan opleggen om bestaande of toekomstige, doch zekere schade te herstellen/voorkomen (H. Bocken, "Herstel in natura en rechterlijk bevel of verbod" in G. Baert, J. M. Maeijer, J. Polak, L. Simont, M. Storme en W. Van Gerven (eds), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986 (493) 504; P. Gillaerts, *De Belgische declaratoire vordering en het niet-vergoedende aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 208-209 en 389; I. Mallems, J. Ronse, L. De Wilde en A. Claeys, *Schade en schadeloosstelling*, Gent, Story Scientia, 1984, 95-96). In deze gevallen is steeds sprake van een reeds ingetreden schade. Het bevel of verbod verhindert het verderzetten of herhalen van een onrechtmatige gedraging (H. Bocken, I. Boone, M. Kruithof, *Schadevergoedingsrecht*, 215, nr. 356).

Echter moet het herstel in natura een daadwerkelijk herstel uitmaken van de schade die ingevolge de fout werd geleden. Een preventieve maatregel strekt ertoe fouten te voorkomen of te voorkomen dat er ingevolge de fout schade wordt geleden. In zoverre een preventieve maatregel ertoe strekt foutief gedrag te vermijden, maakt zij geen daadwerkelijk herstel uit. Op dat ogenblik is er immers nog geen rechtsschending die mogelijk of met zekerheid aanleiding kan/zal geven tot schade.

In toonaangevende rechtsleer wordt daarom verdedigd dat artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek geen grondslag kan zijn voor het opleggen van een preventieve maatregel. Deze bepaling vereist immers het bestaan van een fout. Uit deze bepaling kan geen verplichting worden afgeleid om geen fout te begaan. Evenmin bevat deze bepaling een algemene zorgvuldigheidsnorm die op zichzelf afdwingbaar zou zijn (M. Kruithof, "Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter", *Preadviezen voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het*

recht van België en Nederland, 132-149). Het opleggen van een bevel vereist de niet-naleving van een voorafbestaande rechtsplicht (ibid. 149, nr. 135). Deze kan bestaan in een schending van subjectieve rechten of in een schending van een verplichting die is vastgelegd in het objectief recht. Als er geen sprake is van een onwettigheid of van een inbreuk op subjectieve rechten, maar enkel van een onzorgvuldigheid, dan kan er aan de overheid geen bevel worden opgelegd, omdat er in dat geval geen rechtsplicht is die zou kunnen worden afgedwongen (M. Kruithof, "Privaatrechtelijke facetten van algemeenbelangacties bij de Belgische justitiële rechter", *Preadviezen voor de Vereniging van de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 2020-2021*, Antwerpen, Boom Juridisch, 2021, 150, nr. 137). In de parlementaire voorbereidingen van Boek 6 inzake aansprakelijkheid, wordt bevestigd dat een preventieve maatregel om schade te voorkomen onder het oud Burgerlijk Wetboek niet mogelijk is (MvT).

Bepaalde rechtsleer is evenwel een andere mening toegedaan. Door deze rechtsleer wordt verdedigd dat de algemene zorgvuldigheidsnorm niet alleen de verplichting inhoudt om de door een fout veroorzaakte schade te herstellen, maar ook een verplichting om geen fouten te begaan die schade veroorzaken (H. Bocken, *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Brussel, Bruylant, 1979, 149-150, nr. 92). Dit doet echter niet eraan af dat een van de voorwaarden voor aansprakelijkheid, met name het bestaan van schade, niet vervuld is. De loutere vrees voor toekomstige schade doet geen actueel nadeel ontstaan, waardoor de voorwaarden van aansprakelijkheid nog niet vervuld zijn en de rechter bijgevolg niet de stopzetting van de onrechtmatige handelwijze kan bevelen (J. Ronse, L. De Wilde, A. Claeys en Y. Mallens, *Schade en schadeloosstelling*, 1, 94, nr. 119; E. Dirix, *Het begrip schade*, 81, nr. 119).

Het nieuwe aansprakelijkheidsrecht voorziet in een beperkte mogelijkheid om preventief op te treden. Artikel 6.42 BW voorziet in het bijzonder in een wettelijke basis voor een bevel en een verbod van de rechter vooraleer schade is ontstaan (zie hierover Parl. St. Kamer, 55 3213/001, 162-163). Deze bepaling geeft aan de rechter de mogelijkheid om een verbod op te leggen of een bevel te geven waardoor schade wordt voorkomen wanneer een handeling deze op foutieve wijze dreigt te veroorzaken. Deze mogelijkheid voor de rechter is aan strikte voorwaarden gebonden. In de eerste plaats moet er een vaststaande of ernstig dreigende schending van een wettelijke regel die een welbepaald gedrag voorschrijft voorhanden zijn. Het volstaat niet dat gevaar bestaat dat de betrokkene zich niet zorgvuldig gaat gedragen. In tegenstelling tot wat dikwijls het geval is in de rechtspraak en rechtsleer, wordt een bevel of verbod niet gezien als een vorm van herstel in natura. Het gaat om preventieve maatregelen ter verzekering van de naleving van een wettelijke regel die een welbepaald gedrag voorschrijft (zie H. Bocken, "Herstel in natura een rechterlijk bevel of verbod" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 500; P. Wéry, "Condamnations non pécuniaires, réparation en nature et remplacement judiciaire en matière extracontractuelle", *JT* 1995, 429 e.v.; W. Van Gerven en A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, 463).

Zelfs indien aangenomen zou worden dat een preventieve maatregel aan de overheid kan worden opgelegd, menen wij dat aan de voorwaarden ervan niet is voldaan aangezien er geen wettelijke regel voorhanden is die een welbepaald gedrag voorschrijft. In die omstandigheden menen wij dat ook op dit punt gepoogd zou kunnen worden in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest.

Bij de kans op slagen van het voorgestelde middel moet niettemin voorbehoud gemaakt worden in zoverre de bevolen maatregel geen zuiver preventieve maatregel is, maar er eveneens toe strekt de schade die nu al geleden wordt te verminderen.

19. De appelrechters beslissen dat er weliswaar geen wettelijke beletselen zijn om een dwangsom op te leggen, maar dat het in de huidige stand van zaken niet nodig is om een dergelijke

dwangsom op te leggen. De appelrechters stellen vast dat de zaak opnieuw voor het hof van beroep kan worden vastgesteld op initiatief van een van de partijen.

Op dit punt nemen de appelrechters nog geen beslissing waardoor de belangen van het Vlaamse Gewest zijn geschaad. Het Gewest heeft er dan ook geen belang bij om op dit punt in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest.

20. Het Hof van beroep doet nog geen uitspraak over de noodzaak om stukken over te leggen op straffe van een dwangsom.

Ook op dit punt heeft het Vlaamse Gewest geen belang om in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest.

21. De Belgische staat, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest worden veroordeeld tot de kosten.

Tenzij bijzondere wetten anders bepalen, verwijst ieder eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten. De kosten kunnen worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld (artikel 1017 van het Gerechtelijk Wetboek). Dit betekent dat wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, de feitenrechter een der partijen in alle kosten kan veroordelen of het bedrag ervan over hen kan omslaan (Cass. 23 november 2012, F.11.0144.N; Cass. 19 januari 2012, F.10.0142.N; Cass. 25 maart 2010 C.09.0288.N; Cass. 18 december 2009, C.08.0334.F; Cass. 18 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 228; Cass. 22 oktober 1971, *Arr. Cass.* 1972, 196). Hierbij is niet vereist dat partijen wederzijdse vorderingen hebben ingesteld (Cass. 19 januari 2012, F.10.0142.N). Ook wanneer louter een exceptie of verweermiddel van een partij wordt verworpen, kan deze als de in het ongelijk gestelde partij worden beschouwd (Cass. 23 november 2012, F.11.0144.N).

Wat de kosten in eerste aanleg betreft, dient de appelrechter die het hoger beroep ontvankelijk en gegrond verklaart en de beslissing van de eerste rechter wijzigt, tussen de appellant en de geïntimeerde de veroordeling tot de kosten van de eerste aanleg uit te spreken, zoals die uit zijn beslissing over de grond van de zaak volgt (Cass. 16 september 2016, C.11.0511.F).

De veroordeling tot de kosten gebeurt enkel in het eindvonnis, dit is het vonnis waarmee de rechter zijn rechtsmacht definitief uitput (Cass. 27 mei 2021, C.20.0085.F). Te dezen rijst de vraag of dit wel het geval is. De appelrechters houden hun beslissing immers aan wat betreft de dwangsom en het verzoek tot overlegging van stukken. Weliswaar bepaalt artikel 1385quiquies van het Gerechtelijk Wetboek dat de partij op vier verzoek reeds een dwangsom werd opgelegd, aan de rechter kan vragen om bijkomend een dwangsom op te leggen of om de opgelegde dwangsom te verhogen wanneer de veroordeelde aanhoudend in gebreke blijft uitvoering te geven aan de hoofdveroordeling, maar deze bepaling heeft enkel betrekking op het geval waarin daadwerkelijk reeds een dwangsom werd opgelegd en niet op het geval waarin nog geen dwangsom werd opgelegd.

In die omstandigheden menen wij dat aangevoerd zou kunnen worden dat een veroordeling tot de kosten vooralsnog niet mogelijk was. De vraag rijst evenwel of het Vlaamse Gewest hierbij belang heeft. Er zou anderzijds immers geargumenteed kunnen worden dat door uitspraak te doen over de kosten, de rechter zich definitief over de zaak uitspreekt, zodat de problematiek van de dwangsommen naderhand niet meer bij het hof van beroep aanhangig gemaakt kan worden. Wellicht heeft het Vlaamse Gewest meer belang om dit laatste standpunt te verdedigen. Weliswaar

is het niet zeker dat er naderhand in die zin beslist zou worden, maar vastgesteld moet worden dat de veroordeling tot de kosten zeer beperkt is aangezien de kosten slechts begroot worden op € 395,36 dagvaardingskosten, € 1560 rechtsplegingsvergoeding in eerste instantie en € 1800 rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep voor alle eisers samen, te betalen door de Belgische Staat, het Vlaamse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest samen.

Aangezien, voor het overige, het Vlaamse Gewest inderdaad minstens deels in het ongelijk werd gesteld, kon het tot de kosten veroordeeld worden. De rechtsplegingsvergoedingen worden door de appelrechters correct begroot op het basisbedrag voor niet in geld waardeerbare vorderingen. Op dit punt zien wij geen mogelijkheid om in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest.

*

* *

III. Besluit

Uit hetgeen voorafgaat moge blijken dat gepoogd kan worden in cassatie op te komen tegen het onderzochte arrest, onder meer :

- in zoverre de appelrechters besluiten tot een schending van de artikelen 2 en 8 van het EVRM en hierbij zelf bepalen welke minimumgrenzen door de verschillende overheden moeten worden bereikt. Niet alleen schenden de appelrechters in dit verband de artikelen 2 en 8 van het EVRM in zoverre zij uit deze bepalingen verplichtingen afleiden die deze bepalingen niet bevatten en zonder hierbij rekening te houden met de beoordelingsmarge waarover de overheid beschikt. Daarenboven schenden de appelrechters het beginsel van de scheiding der machten door zelf minimumgrenzen op te leggen. In zoverre deze minimumgrenzen afwijken van de relevante bepalingen van het Europees recht, schenden de appelrechters ook deze bepalingen;
- in zoverre de appelrechters besluiten tot een schending van de artikelen 1382 en 1383 van het oud Burgerlijk Wetboek, door te besluiten tot een fout hoewel de door de appelrechters aangenomen norm geenszins voortvloeit uit het objectief recht. Verder kan worden aangevoerd dat de appelrechters op grond van hun overwegingen niet konden besluiten tot een onzorgvuldigheid aan de zijde van de overheden;
- in zoverre de appelrechters besluiten tot schade die niet gekwalificeerd kan worden als persoonlijke schade;
- in zoverre aan de overheid een injunctie wordt opgelegd.

Zoals reeds in de inleiding werd aangegeven, dienen voormelde punten nog nader uitgewerkt en verdiept te worden. Wij kunnen dan ook niet uitsluiten dat de uiteindelijke voorziening in cassatie deels zal afwijken van bovenstaande analyse.

Graag ontvangen wij u verdere instructies.

Met vriendelijke groeten,
uw dw. cfr.,

Beatrix Vanlerberghe
Advocaat bij het Hof van Cassatie

Johan Verbist
Advocaat bij het hof van Cassatie