

De grenzen voorbij

De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie

Preadviezen van
Karin Arts
Lianne Boer
Martijn Scheltema
Tineke Strik
Ashley Terlouw
Wouter Werner

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

149e jaargang/2019

De grenzen voorbij

De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie

Preadviezen van

*Karin Arts
Lianne Boer
Martijn Scheltema
Tineke Strik
Ashley Terlouw
Wouter Werner*



Wolters Kluwer

Wolters Kluwer – 2019

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

© 2019 *C.J.M. Arts, L.J.M. Boer, M.W. Scheltema, M.H.A. Strik, A.B. Terlouw, W.G. Werner*

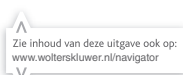
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 978-90-13-15421-4
ISBN 978-90-13-15422-1 (E-book)
NUR 820-101



NAVIGATOR

De preadviseurs



Prof. mr. dr. Karin Arts is sinds 2010 hoogleraar internationaal recht en ontwikkeling aan het International Institute of Social Studies (ISS) te Den Haag (onderdeel van de EUR). Karin studeerde internationaal publiekrecht aan de Universiteit Leiden en promoveerde aan de Vrije Universiteit Amsterdam op een proefschrift over mensenrechten in EU-ontwikkelingssamenwerking. Zij houdt zich vooral bezig met de rol van internationaal recht als stimulans of obstakel in ontwikkelings- en/of transitieprocessen, met speciale aandacht voor mensenrechtenbenaderingen van ontwikkeling. Karin is lid van de redactie van het *Netherlands Quarterly on Human Rights*, de Commissie Mensenrechten van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV), en de Raad van Toezicht van UNICEF Nederland.



Dr. Lianne L.J.M. Boer LL.M. is universitair docent bij de afdeling Transnational Legal Studies van de Vrije Universiteit Amsterdam, en Research Fellow bij het Centre for the Politics of Transnational Law. Ze promoveerde *cum laude* op een onderzoek naar de (socio)linguïstiek van kennisconstructie in het internationaalrechtelijk wetenschappelijk debat over digitale oorlogvoering. Ze doceert internationaal recht op zowel bachelor- als masterniveau, en is opleidingscoördinator van de nieuwe Engelstalige *Law in Society*-bachelor aan de VU. In haar huidige onderzoek richt ze zich op de subjectivering van het internationaal recht in de wetenschappelijke teksten van volkenrechtjuristen.



Prof. mr. Martijn M.W. Scheltema is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en cassatieadvocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn. Hij is in de laatste hoedanigheid betrokken bij de Urgenda-zaak. Hij is verder onder meer voorzitter van de (bindende) geschillencommissie van het Nederlandse Internationaal Verantwoord Ondernemen Convenant in de Textielsector en lid van de Raad van Advies van het Nederlands Arbitrage Instituut. Zijn onderzoek richt zich voornamelijk op de effectiviteit van multistakeholder initiatieven, alsmede op bedrijfsleven en mensenrechten (*business human rights*).



Mr. dr. Tineke M.H.A. Strik is universitair hoofddocent migratierecht en Rechtssociologie aan de Radboud Universiteit. Ze promoveerde op de totstandkoming van de eerste EU asiel- en migratierichtlijnen en hun uitwerking op het nationale niveau. Haar onderzoek en onderwijs (masterniveau en PAO) richt zich op reguliere migratierecht (o.a. gezinshereniging, rechtspositie derdelanders en Unieburgers), toegang tot het EU grondgebied en terugkeer, en op de externe dimensie van het Europees migratiebeleid. Ze coördineerde vergelijkende landenstudies, onder andere naar het gezinsherenigingsbeleid en naar integratievoorwaarden. Ze is lid van het Odysseus Network (Academic network for legal studies on migration and asylum in Europe). Sinds 2007 is Tineke Strik lid van de Eerste Kamer, woordvoerder justitie, immigratie en asiel, mensenrechten en Europese zaken (tussen 2009 en 2015 voorzitter commissie Europese Zaken). Ze maakt deel uit van de Nederlandse delegatie bij de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, waar ze als rapporteur optreedt voor de commissie Migration, Refugees and Displaced Persons en de commissie Legal Affairs and Human Rights, onder andere over de vraag naar de verantwoordelijkheid voor migranten op de Middellandse Zee, de gevolgen van de EU-Turkije Verklaring voor de vluchtelingen in Turkije en Griekenland en naar de mensenrechten-impact van migratiedeals tussen de EU en derde landen.

Tineke Strik heeft de studies Nederlands recht en internationaal publiekrecht afgerond, en onder andere gewerkt bij Vluchtelingenwerk Nederland, rechtbank Zwolle, de Tweede Kamer en het Ministerie van Justitie. Ook was ze een periode wethouder in Wageningen.



Prof. mr. Ashley A.B. Terlouw is hoogleraar rechtssociologie aan de Radboud Universiteit en vaksectievoorzitter van de secties rechtssociologie en migratierecht (CMR). Zij verricht onderzoek op het gebied van het asiel- en non-discriminatierecht en naar juridische instituties in het bijzonder de rechterlijke macht en begeleidt verschillende promovendi op deze terreinen. Ashley Terlouw werkte onder meer bij het stafbureau Vreemdelingenzaken van de rechtbank Den Haag en als hoofd afdeling vluchtelingen bij Amnesty International Nederland. In de periode 2004-2008 was zij lid van de Commissie Gelijke Behandeling. Zij is voorzitter van de Vereniging voor de Wetenschappelijke bestudering van het recht (VSR) en van de redactie van het tijdschrift Asiel- en Migrantenrecht (A&MR).



Prof. dr. Wouter W.G. Werner is als hoogleraar volkenrecht verbonden aan het Centre for the Politics of Transnational Law van de Vrije Universiteit, Amsterdam. Hij is ook buitengewoon hoogleraar internationaal publiekrecht aan de Universiteit van Curaçao. In 2018 was professor Werner research fellow aan het Centre for Global Cooperation Research van de Universiteit Duisburg/Essen. Zijn onderzoek bestudeert het internationaal recht vanuit een multidisciplinaire invalshoek. Hij kreeg hiertoe enkele jaren geleden een vierjarige beurs voor het opzetten van een Europees netwerk van onderzoekers uit verschillende disciplines. In zijn huidige werk richt hij zich op de rol van herhalings in volkenrechtelijke argumentatie, waarbij hij inzichten uit de literatuurwetenschap en de linguïstiek toepast op juridisch redeneren. Wouter Werner is hoofdredacteur van de boekenserie “The Politics of Transnational Law” en van het Netherlands Yearbook of International Law.

Inhoud

<i>Marianne Hirsch Ballin, Marnix van Ginneken en Nico Schrijver</i> Inleiding: De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie	9
<i>Lianne Boer en Wouter Werner</i> Concepties van territorialiteit in het internationaal recht	15
<i>Karin Arts en Martijn Scheltema</i> Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten	59
<i>Tineke Strik en Ashley Terlouw</i> Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?	135

Inleiding: De grenzen voorbij. De actualiteit van territorialiteit en jurisdictie

Marianne Hirsch Ballin, Marnix van Ginneken en Nico Schrijver

Inleiding

Het begrip territorialiteit speelt tot op heden een centrale rol in het nationale, Europese en internationale recht voor de afbakening van jurisdictie en rechtstoepassing. Soevereiniteit en territoriale grenzen blijven bepalend voor de uitoefening van rechtsmacht, hoe gevorderd de Europese en mondiale samenwerking ook mogen zijn. Tegelijkertijd vermindert de betekenis van territoriale grenzen substantieel onder invloed van globalisering, technologische ontwikkeling en digitalisering. De bestrijding van grensoverschrijdende criminaliteit, het waarborgen van de kwaliteit van de financiële markten, de regulering van vluchtelingenstromen, het beheer van rivieren en duurzaamheid en het treffen van klimaatmaatregelen zijn per definitie grensoverschrijdend en vereisen veelal een supranationale aanpak. Daarbij gaat het niet alleen om formele rechtsinstrumenten, zoals verdragen en besluiten van internationale organisaties, maar ook om informele regels gebaseerd op indicatoren en ‘best practices’.

Tegelijkertijd is er een ontwikkeling waarneembaar waarin staten grotere waarde lijken te hechten aan soevereiniteit en behoud van de nationale beleidsvrijheid. Ondanks de onomkeerbare globalisering en de sterke noodzaak tot Europese en internationale samenwerking klinkt immers een steeds sterkere oproep tot behoud van nationale beleidsvrijheid en vermindering van met name Europese regelgeving. Het lijkt erop dat er een kentering gaande is. Na een relatief lange periode van toenemende internationale samenwerking, waarbij instituties als de Verenigde Naties en de Europese Unie zijn opgebouwd en uitgebreid, lijkt er een trend waarneembaar dat staten zich niet meer vanzelfsprekend willen aansluiten bij meer en steeds verdergaande internationale samenwerking. Individuele staten willen juist meer de nationale beleidsruimte benadrukken en zich soms zelfs terugtrekken in het eigen land: denk aan de Brexit en de welbekende leuze van president Trump ‘*America first*’. Deze trend gaat gepaard met de vraag om meer autonomie, meer aandacht voor lokale problemen en oplossingen, meer nadruk op nationale identiteit, minder invloeden van buitenaf en ook minder bereidheid om personen van andere landen op te nemen. Dit werd enkele jaren gelden zichtbaar bij bijvoor-

beeld de complexe handelsonderhandelingen tussen de EU en haar lidstaten met de Verenigde Staten (TTIP) en met Canada (CETA). De druk achter deze trend van renationalisatie komt bij veel landen van binnenuit. In democratische landen ondervinden politici dat deze trend en de bijbehorende argumenten veel electorale steun krijgen, maar ook in minder democratische landen blijkt dat de leiders zich in toenemende mate bedienen van retoriek en acties die hierop inspelen. Het lijkt er niet op dat in deze trend van renationalisatie op korte termijn verandering gaat komen. Dit is lastig verenigbaar met de ontwikkelingen in ons huidige tijdperk waarin toenemende globalisering, mede door technologische ontwikkelingen en digitalisering, juist onontkoombaar zijn. Er tekent zich een duidelijke spanning af tussen enerzijds de kennelijke wens om zich terug te trekken achter de eigen landsgrenzen en anderzijds de realiteit waarbij diverse problemen in internationaal verband zullen moeten worden aangepakt. Dit spanningsveld levert een breed palet aan belangrijke juridische vragen op die betrekking hebben op de aanpak van misschien wel de grootste uitdagingen van de nabije toekomst.

Wat zijn de rechtsgevolgen voor terreinen die zich niet beperken tot de eigen landsgrenzen, zoals de opvang van vluchtelingen, de aanpak van klimaatveranderingen en de regulering van 'cyberspace'? Illustratief zijn bijvoorbeeld de pogingen van de huidige Amerikaanse regering om immigratie uit Latijns-Amerikaanse en islamitische landen te weren. Vluchtelingenopvang, klimaatverandering en cyberspace komen in de preadviezen aan bod. Vergelijkbare vragen spelen op andere terreinen, zoals de financiële markten en veiligheid en (zware) criminaliteit als cybercrime, terrorisme, mensenhandel en drugshandel. Moeten globalisering en digitalisering leiden tot herwaardering van de nationale staat als primaire bron van regelgeving? Zijn er alternatieve oplossingen denkbaar? Bijvoorbeeld door een ander begrip van territorialiteit en jurisdictie te ontwikkelen of door voort te bouwen op de praktijk van private regulering, bijvoorbeeld van het internet? Hoe moeten we omgaan met de verdeling van verantwoordelijkheden bij grensoverschrijdende vraagstukken? Gaat het alleen om de staat, om staten als een collectief of is er ook een (eigen) verantwoordelijkheid voor bedrijven en voor burgers?

Het voorgaande geeft aanleiding tot een grondige herbezinning op concepten als territorialiteit en uitoefening van jurisdictie en een nieuwe benadering van de aanpak van grensoverschrijdende vraagstukken. De preadviezen die voor u liggen, geven daarvoor belangrijke, fundamentele handvatten. Deze worden soms met grote, soms met heel fijne streken geschetst in dit NJV-boek *De grenzen voorbij*.

Concepties van territorialiteit in het internationale recht

Om een toekomstbestendig (internationaal)rechtelijk systeem te kunnen waarborgen dat geschikt is voor de grensoverschrijdende aard en slagvaardige aanpak van de vraagstukken van de huidige, sterk geïnternationaliseerde en gedigitaliseerde, samenleving, is fundamenteel theoretisch onderzoek vereist naar territorialiteit, soevereiniteit, jurisdictie en rechtssubjecten alsmede het fenomeen renationalisatie. Het eerste preadvies van Lianne Boer en Wouter Werner (*Vrije Universiteit Amsterdam*) biedt dat. Met een boeiende verwijzing naar geschiedenis en oude cartografie biedt het vernieuwende gedachten over deze onderwerpen vanuit (internationaal) rechtstheoretisch perspectief is. Zij maken met behulp van het debat over de regulering van cyberspace inzichtelijk dat de ordening op grond van de soevereine staat en territorialiteit onder druk staat. Alternatieve concepties van grondgebied, zoals een gemeenschappelijke ruimte of de middeleeuwse conceptie waar sprake is van overlappende jurisdicties en concentrische vormen van autoriteit, prikkelen de lezer om afstand te nemen van de traditionele dominantie in het juridisch denken van territoriale soevereiniteit van de staat en grenzen tussen vastomlijnde staatsgebieden. Daarmee is dit preadvies bij uitstek geschikt om te kunnen dienen als het conceptueel kader waarop de andere preadviezen voortborduren door aan de onderwerpen die daarin aan de orde komen meer praktische relevantie te geven.

Territorialiteit te boven: klimaatverandering en mensenrechten

Maatregelen die klimaatverandering dienen tegen te gaan vereisen bij uitstek een supranationale aanpak. Dit geldt zowel voor afspraken tussen staten (klimaatverdragen) en verantwoordelijkheden van staten (vergelijk het *Urgenda-arrest* van het gerechtshof Den Haag van 9 oktober 2018) met het oog op maatregelen die klimaatverandering moeten tegengaan, maar ook voor de samenwerking tussen internationaal opererende ondernemingen op het terrein van duurzaamheid. Het preadvies van Karin Arts en Martijn Scheltema (Erasmus Universiteit Rotterdam) handelt over dit onderwerp en neemt zowel de verantwoordelijkheden van staten als die van particuliere ondernemingen onder de loep. Nieuwe regelgeving, publiek-private partnerschappen en ook private en multistakeholder klimaatinitiatieven worden gewikt en gewogen en op hun juridische merites beoordeeld. Ook geven de preadviseurs concrete aanbevelingen over de wijze waarop die diverse actoren aan hun verantwoordelijkheden uitdrukking kunnen geven.

Bescherming van vluchtelingen: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?

Ook bij de beheersing van migratiestromen en de opvang van vluchtelingen uit conflictgebieden doet de problematiek van internationale en Europese samenwerking, territorialiteit en jurisdictie zich in volle omvang voor. Is het VN-Vluchtelingenverdrag met zijn sterk Europese oorsprong en het daarbij behorende Protocol nog voldoende adequaat om hier het normatieve en regulerende antwoord op te geven? Wat is de stand van het recht (internationaal, Europees en nationaal) ten aanzien van het verschijnsel van (economische) migratie? Welke trends tekenen zich op deze terreinen af in de rechtspraak? Welke aanpassingen zijn vereist in de Dublinafspraken en de Schengenovereenkomst? Het preadvies van Tineke Strik en Ashley Terlouw (Radboud Universiteit) geeft een grondige analyse van de rechtsgrondslagen voor verantwoordelijkheid voor vluchtelingen. Ook gaan zij uitgebreid in op de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de Europese Unie en derde landen en die binnen de EU. De preadviseurs komen met diverse oplossingsrichtingen en doen concrete aanbevelingen.

Uitleiding

De drie preadviezen die zijn gebundeld in dit NJV-boek 'De grenzen voorbij', behandelen ieder voor zich in welke mate het klassieke juridische denken over de rol van de nationale staat en de aard van territorialiteit en soevereiniteit voor de grote maatschappelijke en politieke vraagstukken van de 21^e eeuw kunnen bijdragen aan oplossingsrichtingen. Wanneer de drie preadviezen in samenhang worden gezien, springen drie overkoepelende bevindingen (of rode draden) in het oog.

In de eerste plaats blijkt uit alle preadviezen dat ondanks de veelbesproken internationalisering de nationale staat in het geheel niet op z'n retour is. Afgezien van het feit dat de nationale staat internationaal feitelijk nog steeds de meest effectieve laag van bestuur is, blijkt ook dat sprake is van een dringende behoefte aan behoud van de staat als hoeder van publieke waarden en bron en handhaver van regelgeving. De relatie tussen territorialiteit en jurisdictie beheerst nog steeds het debat over reguleringsvraagstukken die een globale reikwijdte hebben. Daarbij tekenen Boer en Werner in hun preadvies aan dat (volkenrecht)juristen moeite hebben de (klassieke) link tussen territoriale soevereiniteit en jurisdictie los te laten. Met betrekking tot de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen (preadvies Strik en Terlouw) komt dit tot uitdrukking doordat staten te veel de gevolgen voor de eigen nationale staat vooropstellen en veelal een politiek voeren die erop is gericht vluchtelingen zoveel mogelijk buiten het eigen territorium te houden. De nadruk op soevereine territorialiteit doet daardoor

afbreuk aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid van staten voor de opvang van vluchtelingen. Uit het preadvies van Arts en Scheltema inzake het klimaatrecht komt naar voren dat in het recht de verantwoordelijkheid voor maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan wordt vastgesteld op grond van territoriale soevereiniteit en aldus is beperkt tot het eigen grondgebied. De vaststelling van zowel de effecten van klimaatverandering als van de daartegen door staten getroffen en te treffen maatregelen is evenwel niet goed mogelijk op basis van louter hun eigen grondgebied. Die effecten gaan per definitie de territoriale grenzen te boven.

Een tweede rode draad van de drie preadviezen bouwt hierop voort: de preadviezen maken duidelijk dat staten het allang niet meer alleen kunnen. Internationale samenwerkingsverbanden zijn nodig, maar ook publiek-private partnerschappen en eigen verantwoordelijkheden van bedrijfsleven en de burgersamenleving. De rol van het bedrijfsleven komt met name aan de orde in het preadvies van Arts en Scheltema inzake het klimaatrecht. Maar voor alle grensoverschrijdende thema's zullen in de toekomst nieuwe (internationale) samenwerkingsverbanden tussen de relevante actoren waarschijnlijk nodig zijn om de hiervoor genoemde uitdagingen het hoofd te bieden. Al die actoren beperken zich reeds lang niet meer tot hun eigen territoir, maar opereren in een grensoverschrijdende en internationale context met wel de eigen thuisbasis, hun territoir, als ankerpunt en identificatie.

Een derde rode draad, ten slotte, is de rol van het recht. Hoe kan het recht blijven inspireren, reguleren en doel treffen en niet een sta-in-de-weg of – nog erger – een *quantité négligable* zijn? Wat betekent dat voor de rol van juristen? Hoe stellen zij zich op ten aanzien van deze ontwikkelingen? Wat wordt er van hen verwacht? Ook zij moeten voorbij hun eigen grenzen denken.

Deze en vele andere thema's zullen tijdens de jaarvergadering op 14 juni 2019 in Arnhem aan de orde komen. Wij hopen velen daar te mogen begroeten en zien uit naar een vruchtbare gedachtenwisseling.

Wij wensen de lezer veel leesgenoegen en inspiratie en wij danken namens het bestuur van de NJV de zes preadviseurs voor hun enthousiasme en enorme inzet.

De begeleidingscommissie van de NJV:

Marianne Hirsch Ballin (Vrije Universiteit Amsterdam)

Marnix van Ginneken (Philips en Erasmus Universiteit Rotterdam)

Nico Schrijver (Raad van State en Universiteit Leiden).

Concepties van territorialiteit in het internationaal recht

Lianne J.M. Boer en Wouter Werner

(Centre for the Politics of Transnational Law Vrije Universiteit, Amsterdam)

Inhoud

1.	Twee concepties van grondgebied	20
2.	Territoriale soevereiniteit en internationale aansprakelijkheid	25
3.	Het grondgebied van de mensheid	31
4.	Cyberspace en volkenrechtelijke concepties van territoire	35
a.	<i>Territoir als knooppunten</i>	35
b.	<i>Territoir als strikt afgebakend grondgebied</i>	40
c.	<i>Het onbegrensde grondgebied van de mensheid</i>	46
5.	Conclusie	50
	Stellingen bij het preadvies over concepties van territorialiteit	53
	Bibliografie	55

Inleiding

De rol van territoire in de internationale betrekkingen is al lange tijd onderwerp van discussie. In 1864 voorspelde de Franse volkenrechtgeleerde Charles Vergé reeds dat de ontwikkeling van de economie, de technologie en de moraal zouden leiden tot een nieuw soort internationaal recht. Dit recht zou niet meer (uitsluitend) zijn gebaseerd op het bestaan van territoriaal afgebakende staten, maar zijn geworteld in een wereldgemeenschap met gedeelde waarden en belangen. Lang voor de opkomst van digitalisering en flitskapitaal betoogde Vergé dat “geld nooit een vaderland heeft gekend” en zich met grote snelheid over staatsgrenzen heen beweegt.¹ Ook vanuit Marxistische hoek werd het belang van grondgebied al in de negentiende eeuw ter discussie gesteld. Marx zelf voorspelde in zijn *Grundrisse* dat de toenemende versnelling van kapitalistische productie, transport en communicatie zou leiden tot de ‘vernietiging van ruimte door de tijd’.² Dit inzicht werd ruim een eeuw later nader uitgewerkt in de these van de zogenoemde ‘time-space compression’, ontwikkeld door de geograaf David Harvey³ en in verschillende sociologische theorieën over de acceleratie van (post-)moderne maatschappijen.⁴ De intensivering van globalisering sinds de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw heeft deze theorieën extra zeggingskracht verschaft.

Processen van globalisering hebben bovendien bijgedragen aan een steeds verdere specialisering van maatschappijen, een trend die opnieuw vragen deed rijzen ten aanzien van de rol van grondgebied in de politieke en juridische betrekkingen. In 1971 voorspelde de Duitse socioloog Niklas Luhmann dat

1. Charles Vergé, voorwoord tot de tweede editie van G.F. Von Martens, *récis du droit des gens modernes de l'Europe*: 1864 (opnieuw uitgebracht door Nabu Press: 2012).
2. Karl Marx, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*: 1864 (opnieuw uitgegeven door Diets Verlag: 1983), ook beschikbaar via: <http://dhcm.inkrit.org/wp-content/data/mew42.pdf> (p. 438).
3. David Harvey, *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge MA: Blackwell: 1990. Zie ook Cedric Ryngaert en Mark Zoetekouw, ‘The End of Territory? The Re-Emergence of Community as a Principle of Jurisdictional Order in the Internet Era’, in: *The Net and the Nation State: Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, Uta Kohl (ed.), Cambridge University Press: 2017, p. 185-201, 200.
4. Zie onder andere: Hartmut Rosa, *Social Acceleration, A New Theory of Modernity*, Columbia University Press: 2015; Peter Conrad, *Modern Times and Modern Places: How Life and Art Were Transformed in a Century of Revolution, Innovation and Radical Change*, Knopf: 1999; Marshal Berman, *All That is Solid Melts Into Air: The Experience of Modernity*, Penguin: 1988. Reinhard Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp: 1989; Paul Virilio, *Speed and Politics*, MIT Press: 1977. Voor een discussie over de gevolgen voor het volkenrecht zie: Wouter Werner, ‘Regulating Speed’, in: Andrew Lang, Moshe Hirsch en Edward Elgar (eds.), *Handbook for the Sociology of International Law*: 2018 (forthcoming).

globalisering zou leiden tot een verschuiving van 'territorialiteit naar functionaliteit'.⁵ In de plaats van een orde die is gebaseerd op territoriaal afgebakende staten zou een nieuwe wereldorde opkomen, gebaseerd op globale communicatieprocessen binnen functioneel gespecialiseerde velden zoals de handel, monetaire transacties of de ecologie. Binnen deze velden zouden (wetenschappelijke) experts een sleutelrol innemen. Enkele decennia later zouden Luhmanns inzichten worden opgepakt in volkenrechtelijke discussies over de fragmentatie van het internationaal recht en de daarmee samenhangende rol van experts binnen functionele deelgebieden.⁶

Met het thema 'territoire en jurisdictie' heeft het bestuur van de NJV daarom gekozen voor een rijk, actueel, maar ook complex onderwerp. Het moge duidelijk zijn dat de rol van territoire een andere is dan bijvoorbeeld in 1927, toen het Permanent Hof verklaarde dat "international law governs the relations between independent states".⁷ Tegelijkertijd is 'territoire' van onverminderd belang gebleken in het internationaal recht: territoriaal afgebakende staten zijn nog altijd van essentieel belang in het volkenrecht en ook bij functioneel gespecialiseerde regimes blijft vaak de vraag relevant waar hun territoriale grenzen zich bevinden. Ook waar het internationaal recht tracht universele waarden of belangen te beschermen, blijkt vaak dat de concrete handhaving toch afhangt van de medewerking van territoriaal begrensde staten.

Dit roept de vraag op welke rol (of beter: welke rollen) territoire speelt in de hedendaagse internationale rechtsorde. In dit preadvies trachten wij een bijdrage te leveren aan de beantwoording van deze vraag. Gezien de complexiteit van het onderwerp is enige bescheidenheid gepast: de rol van territoire kan per rechtsgebied verschillen en het is niet mogelijk om een overkoepelend concept van territoire te ontwikkelen dat zonder meer kan worden toegepast op alle deelgebieden van het recht. Wat wel mogelijk is, is het reconstrueren van enkele concepties van territoire die in volkenrechtelijke debatten een rol spelen of hebben gespeeld. Deze concepties kunnen dan worden gebruikt om op een genuanceerder manier de vraag te beantwoorden of nieuwe ontwikkelingen

5. Niklas Luhmann, 'Die Weltgesellschaft', 1 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1971), p. 1-35.

6. Zo begint het rapport van de International Law Commission over de fragmentatie van het internationaal recht met een korte analyse van op Luhmann's werk gebaseerde theorieën van globalisering. International Law Commission, 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law', A/CN.4/L.682 (2006), para 7. Zie voor de discussie over de rol van experts in een gefragmenteerde internationale orde ook: Martti Koskenniemi, 'Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education', 1 *European Journal of Legal Studies* (2007); David Kennedy, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press: 2016.

7. *S.S. Lotus* (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7).

zoals cyberspace het belang van territorialiteit in het volkenrecht inderdaad ondermijnen – of juist bevestigen.

Wij zullen dit doen aan de hand van een analyse van drie manieren waarop ‘territoire’ is begrepen in de geschiedenis van het internationaal recht. Het eerste model is dat van territoire als een serie unieke plaatsen, die worden gereguleerd door overlappende en niet-exclusieve vormen van jurisdictie. Zoals we in de eerste paragraaf zullen uiteenzetten, is dit het model dat centraal stond in de middeleeuwen en de vroegmoderne tijd. Zelfs de Westfaalse Vredesverdragen van 1648, die vaak als het symbool van de opkomst van de moderne soevereine staat worden gezien, hanteren nog dit model van territorialiteit, zoals we zullen illustreren in paragraaf 1. In paragraaf 1 bespreken we ook het tweede model van territoire: een homogene en abstracte ruimte, bepaald door lengte- en breedtegraden. Dit model, dat zou uitmonden in een algemeen concept van de territoriaal begrensde soevereine staat, zal in het begin van ons advies worden gecontrasteerd met de middeleeuwse conceptie van grondgebied. In de tweede paragraaf gaan we in op de relatie tussen territorialiteit, aansprakelijkheid, en grensoverschrijdende vormen van jurisdictie. De verplichtingen van de staat zijn verbonden aan bepaalde politieke ontwikkelingen die zich voordoen en kunnen dus ook met de tijd van aard veranderen: denk aan de opkomst van *erga omnes*-verplichtingen. In de derde paragraaf zullen we dieper ingaan op een vaak onderbelicht aspect van het moderne concept van territoire. Het moderne volkenrecht is immers niet alleen gebaseerd op een afbakening tussen soevereine staten, maar evenzeer op een afbakening tussen grondgebied dat toebehoort aan soevereine staten en grondgebied dat toebehoort aan de mensheid als geheel. In de derde paragraaf zullen wij uiteenzetten hoe het grondgebied dat toebehoort aan de mensheid als geheel in het volkenrecht is geconceptualiseerd. Hiertoe maken wij een onderscheid tussen het vroegmoderne concept van de ‘lege’ ruimte (zoals in het werk van Vitoria en Grotius is terug te vinden) en het concept van de ruimte die dient te worden beheerd en beschermd voor de mensheid en haar nazaten (zoals terug te vinden in verdragen in de 20^e en 21^e eeuw).

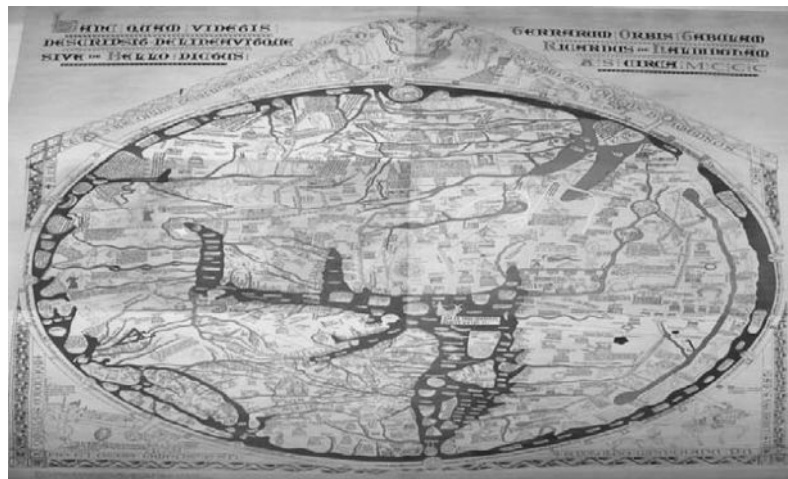
In de vierde paragraaf zullen we de gereconstrueerde concepties van grondgebied toepassen op hedendaagse rechtswetenschappelijke debatten over de regulering van cyberactiviteiten. De vraag die in deze debatten centraal staat, is of het mogelijk is jurisdictie uit te oefenen over activiteiten die zich in een ‘virtuele’ wereld afspelen.⁸ De noemer ‘virtueel’ suggereert het bestaan van een niet-fysieke ruimte waarvan we ons zouden kunnen afvragen of deze

8. Voor een algemene schets van dit debat, zie Lianne J.M. Boer, “Spoofed Presence Does not Suffice”: On Territoriality in the Tallinn Manual”, in: Martin Kuijer en Wouter Werner (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law 2016: The Changing Nature*

‘echt’ bestaat. Het debat over jurisdictie en territorialiteit in cyberspace wordt dus gekenmerkt door tal van verschillende concepties over wat cyberspace nu *eigenlijk* voor ‘plek’ is.⁹ Vaak worden activiteiten in cyberspace gepresenteerd als een ondermijning van een op territorium gebaseerde rechtsorde. Het is echter de vraag of deze conclusie overeind blijft als meer recht wordt gedaan aan de rijkdom aan concepties van territorium die is te vinden in het internationaal recht. In onze vijfde en laatste paragraaf geven we enkele overwegingen over de relatie tussen territorium, de staat en het internationaal recht.

1. Twee concepties van grondgebied

In de kathedraal van Hereford bevindt zich een kopie van een wereldkaart uit circa 1300. Deze zogenoemde *Hereford Mappa Mundi* presenteert de wereld als volgt aan zijn lezers:¹⁰



of Territoriality in International Law, T.M.C. Asser Press: 2017, p. 131-145; deze vraag in het bijzonder is gebaseerd op William S. Byassee, ‘Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual Community’, 30 *Wake Forest Law Review* 197 (1995), p. 198; zie hiervoor ook Boer, *Spoofed Presence*, specifiek p. 138 en voetnoot 47; Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace*, p. 198.

9. p. 15. Voor een zeer verhelderende analyse – en radicale herziening – van deze vraag, zie Julie E. Cohen, ‘Cyberspace as/and Space’, 107 *Columbia Law Review* 210 (2007).
10. De kaart is te vinden via: www.joh.cam.ac.uk/library/library_exhibitions/schoolresources/exploration/mappa_mundi (bezoekt op 21 augustus 2018). Voor een analyse van de *Mappae Mundi*, de ontwikkeling van cartografie en de opkomst van de moderne staat zie Jordan Branch, *The Cartographic State: Maps, Territory and the Origins of Sovereignty*, Cambridge University Press: 2014.

De *Mappa Mundi* verschilt aanzienlijk van de wereldkaarten die tegenwoordig het meest worden gebruikt. Daarop worden met verschillende kleuren diverse staten en werelddelen van elkaar afgebakend, met standaard het noorden bovenaan de pagina. In plaats daarvan bevat de *Mappa Mundi* een op het eerste gezicht bont geheel van specifiek genoemde en kort beschreven plaatsen. De kaart plaatst niet het noorden, maar het oosten bovenaan, terwijl buiten het raamwerk van de wereldse kaart een afbeelding van Christus en de wederopstanding van de doden is geplaatst.¹¹ Binnen het raamwerk van de wereldse kaart is het hoogste punt de Hof van Eden, het paradijs dat volgens de officiële leer nog steeds op een aardse locatie bestond. Deze Hof was tegelijkertijd onbereikbaar voor mensen, aangezien die, zoals de kaart laat zien, aan het einde van de wereld op een eiland ligt, omgeven door een ring van vuur en beschermd door muren en kantelen. Doordat Europeanen in toenemende mate de wereld doorkruisten, werd de locatie van het paradijs voor middeleeuwse kaartenmakers een steeds groter probleem. Gebieden die als onbereikbaar en ontoegankelijk werden gezien, bleken toch door mensen te kunnen worden betreden. Geen van deze reizigers vond de vuren en muren die de Hof van Eden zouden afschermen van de in zonde gevallen mens: “As Europeans travelled more extensively around the globe, the position of Eden became problematic, moving to Africa, the South Pole, and finally fleeing to the margin of the map”.¹² Later zou, onder invloed van de ontwikkeling van de cartografie en de Reformatie, het beeld van het paradijs veranderen. Het paradijs werd nu als ontoegankelijk voor mensen gezien, omdat het niet langer zou bestaan op aarde. Tegelijkertijd werd het wel mogelijk geacht om met geografische precisie aan te geven waar het paradijs daadwerkelijk had bestaan.¹³ Met andere woorden: de Hof van Eden had een lengte- en breedtegraad, en kon exact worden aangeduid op een kaart. Zo liet Calvijn zijn commentaar op Genesis vergezeld gaan van een geografische duiding van Eden en zelfs van een kaart waarop de aanvankelijke verblijfplaats van Adam en Eva nauwkeurig werd aangeduid.¹⁴

11. Voor een gedetailleerde analyse van de Hereford Mappa Mundi (met de mogelijkheid tot inzoomen op verschillende onderdelen), zie de website van de kathedraal: www.themappamundi.co.uk/mappa-mundi/.

12. Evelyn Edson, ‘The Medieval World View: Contemplating the Mappamundi’, 8 *Historical Compass* 6 (2010), p. 1-21, at 6. De klassieke studie over de positie van het paradijs op middeleeuwse kaarten is Alessandro Scafi, *Maps of Paradise: A History of Heaven and Earth*, University of Chicago Press: 2006.

13. Scafi, 2006.

14. Rita Nakashima Brock and Rebecca Ann Parker, *Saving Paradise: How Christianity Traded Love of This World for Crucifixion and Empire*, Beacon Press: 2008, p. 331.

De *Mappa Mundi* was derhalve gericht op een duidelijk centrum, geografisch onbepaald, maar gelegen in het Oosten. Deze plek was niet alleen een geografische aanduiding, maar ook een temporele. De kaart in Hereford vertelt het verhaal van de wereld, vanaf de schepping en de Hof van Eden tot het einde der tijden. In dit opzicht verschilt de *Mappa Mundi* aanzienlijk van moderne wereldkaarten, die juist de tijd lijken te willen bevriezen, alsof er op enig moment een foto van de wereld wordt gemaakt. De moderne kaarten hebben bovendien geen centrum: aangezien de aarde bolvormig is, kunnen verschillende delen van de wereld in het centrum worden geplaatst.¹⁵

De *Mappa Mundi* verbeeldt zo een andere kijk op de relatie tussen gezag en grondgebied. De grenzen van politiek en juridisch gezag worden niet gedefinieerd in termen van lengte- en breedtegraden, die duidelijk van elkaar zijn te onderscheiden. De kaart weerspiegelt het idee dat grondgebied bestaat uit een veelheid van unieke plaatsen, die kort worden aangeduid met tekst. Zij weerspiegelt bovendien het idee dat de veelheid van unieke plaatsen wordt samengehouden door een spiritueel centrum, dat grondgebied een richting geeft. Tot slot weerspiegelt de kaart het idee dat gezag een kwestie van gradatie is: gezag is stevig verankerd in een kern (bijvoorbeeld een stad of een burcht), maar neemt af naarmate men verder af raakt van deze kern. Waar de grens tussen gezag en afwezigheid van gezag precies ligt, is niet duidelijk aan te geven. Deze kijk op grondgebied is ook terug te vinden in verschillende vredesverdragen die zijn afgesloten sinds de vroege middeleeuwen. Vaak reguleerden dergelijke verdragen ook de politiek-juridische status van bepaalde gebieden, die bijvoorbeeld van de ene jurisdictie naar de andere jurisdictie werden overgedragen of die met succes onafhankelijkheid hadden bevochten. Hierin werd niet gesproken over gebieden in abstract-geometrische termen, maar werden plaatsen concreet genoemd, zonder dat de exacte territoriale grenzen werden vastgelegd. Zelfs in de Vredesverdragen van Westfalen, die veelal als symbool worden gezien voor de nieuwe orde van soevereine staten, is deze conceptie van grondgebied deels terug te vinden. Een voorbeeld is artikel drie van het Verdrag van Munster, gesloten tussen de Verenigde Provinciën en Spanje. In dit artikel wordt bepaald dat beide partijen zeggenschap houden over het grondgebied dat zij onder controle hebben. Deze gebieden worden echter niet in abstracte geometrische termen gedefinieerd, maar concreet aangeduid in termen van de zaken die zich

15. Dit laat onverlet dat “cartography shares and reproduces the values of the age [including] the continued public use of the Mercator and adapted Mercator projections [and] the ideological fixation on ‘north at the top’ maps”. John Pickles maakt hier duidelijk dat de keuze voor de Mercator-kaart, die het noorden aan de bovenkant afbeeldt, een weerspiegeling is van bestaande waarden. John Pickles, ‘Texts, Hermeneutics and Propaganda Maps’, in: *The Map Reader*, John Wiley & Sons, Ltd: 2011, p. 400-406, 405.

op een niet scherp afgebakend terrein bevinden. In de Engelse vertaling luidt artikel 3 als volgt:

“Each shall keep and make actual use of the districts, cities, places, lands, and lordships which he at present holds and possesses, without being troubled or molested in them, directly or indirectly, in any manner whatever; it is understood these include the marketplaces, villages, hamlets, and countrysides which are their dependencies: And therefore the entire bailiwick of 's-Hertogenbosch, together with all the lordships, cities, castles, marketplaces, villages, hamlets, and countryside depending upon the said city and bailiwick of 's-Hertogenbosch (...).”

Als contrast voor deze benadering kunnen we kijken naar de Dayton-akkoorden van 1995. In Annex 2 van deze Akkoorden worden de grenzen bepaald tussen de federatie van Bosnië-Herzegovina en de *Republika Srpska*. De betreffende grenzen worden niet, zoals in Westfaalse Verdragen, beschreven in termen van concrete plaatsen, maar vastgelegd in een bijgevoegde kaart (artikel 1).¹⁶ Hiermee is de grens tot op grote hoogte geometrisch bepaald, zoals blijkt uit artikel 4 van de betreffende Annex:

“The line on the 1:50,000 scale map to be provided for the Appendix delineating the Inter-Entity Boundary Line, and the lines on the 1:50,000 scale map to be provided for Appendix A to Annex 1-A delineating the Inter-Entity Zone of Separation and the Agreed Cease-Fire Line and its Zone of Separation, which are accepted by the Parties as controlling and definitive, are accurate to within approximately 50 meters. During the period in which the IFOR is deployed, the IFOR Commander shall have the right to determine, after consultation with the Parties, the exact delineation of such Lines and Zones, provided that with respect to Sarajevo the IFOR Commander shall have the right to adjust the Zone of Separation as necessary.”

De twee kaarten en de twee vredesverdragen staan voor twee verschillende manieren van omgang met territorialiteit. Het Verdrag van Munster gaat uit van een concentrisch model van gezag, waarbij jurisdictie wordt uitgeoefend op specifieke plekken – ‘kernen’ – waarvan de precieze grenzen onduidelijk zijn. De akkoorden van Dayton passen binnen een conceptie van territoire als een relatief precies afgebakend gebied waarbinnen politiek en juridisch gezag wordt uitgeoefend.

Het is de houdbaarheid van dit laatste idee van territorialiteit dat vaak wordt betwist wanneer wordt gesproken over ontwikkelingen zoals digitalisering of globalisering. Dergelijke ontwikkelingen zouden niet te reguleren zijn door jurisdicties die territoriaal begrensd zijn en geen hoger gezag boven zich dulden. Zoals wij in dit preadvies betogen, is er echter geen reden om ‘territoire’ te beperken tot strikt begrensd grondgebied waarbinnen exclusieve jurisdictie wordt uitgeoefend. Er zijn ook andere concepties van territoire – en

16. Zie ook onze bespreking van het Verdrag van Tordesillas in paragraaf 2.

de *Mappa Mundi* is daar een goed voorbeeld van. Uiteraard bepleiten wij niet een terugkeer naar een middeleeuws wereldbeeld. Het is echter wel nuttig om stil te staan bij concepties van territoire die heden ten dage minder vanzelfsprekend worden gevonden. Op deze manier kan beter recht worden gedaan aan de verschillende functies die territoire kan spelen in de regulering van bijvoorbeeld nieuwe fenomenen zoals cyberspace. Wij zijn niet de eersten die wijzen op het nut van inzicht in oudere concepties van territoire en zijn relatie tot jurisdictie. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw hebben verschillende auteurs het concept 'new medievalism' gebruikt om te spreken over de richting die de internationale betrekkingen in zouden kunnen gaan. Hierbij ging het uiteraard niet om een mogelijke terugkeer naar een tijd waarin *Mappae Mundi* en een onbereikbare Hof van Eden het wereldbeeld bepaalden. Auteurs zoals Wolfers en Bull speculeerden over het mogelijke nut van het concept 'new medievalism', omdat zij de optie openhielden dat het belang van territoriaal afgebakende soevereine staten zou kunnen afnemen. In plaats daarvan zou een systeem kunnen ontstaan van "double loyalties and overlapping realms of power"¹⁷ – of, zoals Bull het verwoordde: "It might therefore seem fanciful to contemplate a return to the medieval model, but it is not fanciful to imagine that there might develop a modern and secular counterpart of it that embodies its central characteristic: a system of overlapping authority and multiple loyalty".¹⁸ Kenmerkend voor dit 'new medievalism' is het bestaan van overlappende en soms conflicterende jurisdicties, tezamen met deels overlappende, deels conflicterende universele waarden en belangen.¹⁹ Het idee hierbij is dat processen van globalisering aanleiding geven tot de opkomst van diverse centra van gezag, die traditionele onderscheiden zoals 'nationaal/internationaal', 'publiek/privaat' of 'lokaal/globaal' ter discussie stellen.²⁰ In paragraaf 4 zullen we

17. Arnold Wolfers, *Discord and Collaboration: Essays on International Politics*, Johns Hopkins University Press: 1962, p. 242.

18. Hedley Bull, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press: 1977, p. 254.

19. Voor een nadere uitwerking van het concept, zie Jörg Friedrichs, 'The Meaning of New medievalism', 7 *European Journal of International Relations* 4 (2001), p. 475-502.

20. Een voorbeeld van dat laatste is te vinden in het werk van Sassen, die het concept van de 'globale stad' introduceerde in het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw. Processen van globalisering, zo betoogt Sassen, gaan gepaard met nieuwe vormen van territorialisering. Er ontstaan specifieke plekken waar economische activiteiten en (financiële) diensten samenkomen en die onder andere leiden tot nieuwe vormen van ongelijkheid: "... the more globalized the economy becomes, the higher the agglomeration of central functions in a relatively few sites, that is, the global cities". Saskia Sassen, *The Global City. New York, London Tokyo*, Princeton University Press: 1991, p. 5 (een tweede druk van het boek verscheen in 2005 bij Sage). In haar latere werk zou Sassen specifiek ingaan op de politiek-economische transformaties die sinds de middeleeuwen hebben plaatsgevonden: Saskia Sassen, *Territory, Authority Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press: 2006.

de mogelijkheden en beperkingen van dit concept illustreren aan de hand van het fenomeen cyberspace.

2. Territoriale soevereiniteit en internationale aansprakelijkheid

De opkomst van de moderne staat ging gepaard met een verandering in het denken over grondgebied. Mede onder invloed van het gebruik van nieuwe methoden in de cartografie werd politiek en juridisch gezag geprojecteerd op een afgebakend grondgebied, waarbinnen de staat het hoogste gezag geniet.²¹ Overlappende en conflicterende vormen van jurisdictie werden veelal vervangen door het monopolie van de staat, terwijl de rol van niet-territoriale vormen van jurisdictie aanzienlijk afnam. Uiteraard verdwenen deze vormen van jurisdictie niet geheel. Staten bleven bijvoorbeeld jurisdictie uitoefenen op basis van het nationaliteitsbeginsel, dat uitgaat van een persoonlijke band tussen een individu en een staat. Ook claimden (en claimen) staten jurisdictie op basis van het universaliteitsbeginsel, waardoor de mogelijkheid van verschillende overlappende en soms conflicterende jurisdicties blijft bestaan.

Een van de klassieke zaken waarin het beginsel van territoriale soevereiniteit werd uiteengezet, is de *Island of Palmas*-zaak (1928).²² Deze zaak werd beslist door arbiter Max Huber, die ook president van het Permanent Hof was toen, een jaar eerder, de *Lotus*-zaak werd beslist. Voor dit preadvies zijn beide zaken interessant, omdat zij een uitgebreide uiteenzetting bevatten over het belang van territoriale soevereiniteit. In *Lotus* stelde het Hof reeds dat internationaal recht een orde is tussen territoriaal afgebakende soevereine staten. Beperkingen op de territoriale soevereiniteit zijn derhalve uitzonderlijk en behoeven specifieke rechtvaardiging. In *Island of Palmas* gaat Huber een stap verder en geeft hij een nadere onderbouwing van het belang van effectieve territoriale soevereiniteit. Controle over grondgebied is niet van belang omdat recht nu eenmaal uit machtsuitoefening voortvloeit (*might makes right*), maar omdat op deze manier plichten en verantwoordelijkheden daadwerkelijk kunnen worden toebedeeld.

De zaak *Island of Palmas* ging over een dispuut tussen Nederland en de Verenigde Staten over een klein eilandje, Palmas (ook aangeduid als Miangas). In overeenstemming met de ontwikkeling van de cartografie werd het eiland exact afgebakend in een speciale overeenkomst tussen de

21. Jordan Branch, *The Cartographic State: Maps, Territory and the Origins of Sovereignty*, Cambridge University Press: 2014.

22. *Island of Palmas* case (Netherlands, USA), 'Reports of International Arbitral Awards', 4 April 1928, Volume II, p. 829-871.

partijen, waarin de lengte- en breedtegraden waren opgenomen. De Verenigde Staten claimde soevereiniteit over het eiland, omdat dit door middel van het Verdrag van Parijs (1898) door Spanje zou zijn overgedragen als onderdeel van de Filipijnen. Spanje zou de bevoegdheid hebben gehad om Palmas na de Spaanse successieoorlogen aan de Verenigde Staten over te dragen, omdat Spanje dit eiland zou hebben ‘ontdekt’ – een claim die in de Westfaalse Vredesverdragen van 1648 werd erkend. Ook claimde de Verenigde Staten dat Palmas bij het grondgebied van de Filipijnen zou horen op grond van het beginsel van ‘nabijheid’ (*contiguity*). Nederland claimde soevereiniteit over het eiland omdat het al sinds ten minste 1677 effectief gezag aldaar zou hebben uitgeoefend, een claim die Nederland onder andere ondersteunde door de overeenkomsten die met de lokale gezagsdragers waren gesloten. Uiteindelijk oordeelde de arbiter dat de Nederlandse argumenten overtuigender waren en dat *Palmas* onder Nederlands gezag viel. Om tot deze conclusie te komen, begint Huber zijn oordeel met enkele theoretische overwegingen ten aanzien van “sovereignty in relation to territory”.²³

De eerste overweging die Huber geeft, lijkt rechtsreeks uit de *Lotus*-zaak te komen: “Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State”.²⁴ Er is echter ook een belangrijk verschil tussen de twee zaken. Waar het beginsel van territoriale soevereiniteit in *Lotus* wordt gepostuleerd alsof het een voorgegeven waarheid is, gaat Huber in *Palmas* dieper in op de *rationale* die ten grondslag ligt aan dit uitgangspunt. In de eerste plaats geeft Huber een historische contextualisering van het beginsel van territoriale soevereiniteit: dit is niet voorgegeven, maar komt voort uit politieke en sociale ontwikkelingen in de moderne tijd: “The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations”.²⁵ Deze benadering laat dus ruimte voor toekomstige ontwikkelingen die het belang van territoriale soevereiniteit zouden kunnen relativeren. Deze redenering werd zo’n twintig jaar later door het Internationaal Gerechtshof inderdaad gevolgd. In de *Reparation for Injuries* (1949) zaak liet het Hof zijn advies onder andere volgen uit de manier waarop de internationale gemeenschap zich had ontwikkeld. De vraag of de Verenigde Naties rechtspersoonlijkheid

23. Island of Palmas, p. 838

24. Island of Palmas, p. 838

25. Island of Palmas, p. 838

toekomst, moest volgens het Hof worden beantwoord met inachtneming van de politieke en sociale ontwikkelingen in de laatste jaren: “Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States.”²⁶ In *Palmas* en in *Reparation* is dus al de kiem gelegd voor de preadviezen van de Nederlandse Juristen Vereniging anno 2019: nieuwe ontwikkelingen nopen tot herbezinning op de uitgangspunten van het internationaal recht. Deze moeten uiteraard niet bij iedere nieuwe ontwikkeling aan de kant worden gezet, maar wel keer op keer kritisch worden gezien in het licht van de opkomt van nieuwe actoren en nieuwe problemen die om een oplossing vragen.

Dit brengt ons bij de tweede onderbouwing van het beginsel van territoriale soevereiniteit die in *Palmas* werd uiteengezet. Territoriale soevereiniteit wordt niet erkend omdat de feiten dit nu eenmaal dicteren, maar omdat op die manier de belangrijkste subjecten van internationaal recht daadwerkelijk aangesproken kunnen worden op hun verplichtingen. Territoriale soevereiniteit houdt niet alleen het recht in om vrijwel exclusief de functies van een staat uit te oefenen, aldus Huber, maar heeft ook een keerzijde: “This right has as corollary a duty: the obligation to protect within the territory the rights of other States, in particular their right to integrity and inviolability in peace and in war, together with the rights which each State may claim for its nationals in foreign territory. Without manifesting its territorial sovereignty in a manner corresponding to circumstances, the State cannot fulfill this duty”.²⁷ Het beginsel van territoriale soevereiniteit wordt zo verbonden aan de verplichtingen die een staat heeft jegens andere staten. Sterker nog, Huber verbindt de erkenning van territoriale soevereiniteit als grondbeginsel van internationaal recht aan een kosmopolitisch ideaal: het bieden van een minimum aan bescherming voor alle naties, zodat die zich kunnen ontplooiën en ontwikkelen. Zo stelt hij: “Territorial sovereignty cannot limit itself to its negative side, i.e. to excluding the activities of other States; for it serves to divide between nations the space upon which human activities are employed, in order to assure them at all points the minimum of protection of which international law is the guardian.”²⁸

Territoriale soevereiniteit is zo op twee manieren relatief: ten opzichte van maatschappelijke en politieke ontwikkelingen en ten opzichte van de

26. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of April 11, 1949, ICJ Reports, 1949, p. 174. Citaat op p. 178.

27. *Island of Palmas*, p. 839

28. *Island of Palmas*, p. 839

verplichtingen die de erkenning van territoriaal gezag met zich meebrengt.²⁹ Dit verklaart ook waarom in de vroegmoderne tijd, zoals Nijman in haar proefschrift heeft betoogd, nieuwe politieke eenheden werden erkend als internationale rechtspersonen.³⁰ Dit was niet alleen omdat zij een nieuwe status konden afdwingen op basis van hun machtspositie, maar ook omdat zij als rechtspersonen verplichtingen konden dragen en aangesproken konden worden bij schending van die plichten. Ook verklaart deze logica dat de verplichtingen van staten soms van toepassing blijven, ook als zij buiten hun eigen grondgebied optreden. Een voorbeeld daarvan is te vinden in de bijdrage van Terlouw en Strik in deze bundel, waar zij spreken over de extraterritoriale werking van mensenrechten. Het bestaan van extraterritoriale verplichtingen kan worden beschouwd als een relativering van het belang van grondgebied voor de uitoefening van jurisdictie en de mogelijkheid staten aan te spreken op hun gedrag. Tegelijkertijd past deze ontwikkeling zeer goed bij de logica die al in *Island of Palmas* werd uiteengezet: er dient een verband te zijn tussen de uitoefening van effectieve controle en de mogelijkheid om degenen die deze controle uitoefenen, aansprakelijk te houden voor schendingen van rechtsplichten.

Vanuit deze logica is het ook begrijpelijk dat de aard en omvang van de verplichtingen door de tijd heen kunnen veranderen. Een interessante ontwikkeling in dit verband is de opkomst van de zogenoemde *erga omnes*-verplichtingen. De term ‘*erga omnes*-verplichtingen’ gaat terug op het Romeinse recht en werd door het Internationaal Gerechtshof in het internationaal recht geïntroduceerd in een *obiter dictum* in de *Barcelona Traction*-zaak in 1970.³¹ Het Hof overwoog in die zaak dat er twee soorten verplichtingen bestaan voor staten: verplichtingen jegens specifieke staten (bijvoorbeeld op basis van een bilateraal verdrag) en verplichtingen jegens ‘de internationale gemeenschap als geheel’. Alle staten, aldus het Hof, hebben een rechtsbelang bij de naleving van deze *erga omnes*-verplichtingen: “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes* (cursivering in origineel- LB/WW). Such obligations derive, for example, in contempo-

29. De *Island of Palmas*-zaak volgt zo het patroon van redeneren dat Martti Koskenniemi heeft geanalyseerd in zijn klassieker, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press: 2006.

30. Janne Nijman, *The Concept of International Legal Personality: an inquiry into the history and theory of international law*, T.M.C. Asser Press: 2004.

31. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, pagina 3.

rary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination”.³²

De lijn van het Internationaal Gerechtshof werd nader uitgewerkt in de artikelen inzake staatsaansprakelijkheid die in 2001 zijn opgesteld door de International Law Commission. In artikel 42 stelt de Commissie dat een staat de aansprakelijkheid van een andere staat kan invoeren wanneer die een verplichting heeft geschonden die geldt jegens (onder andere) de “internationale gemeenschap als geheel” en de verplichting: (i) “specially affects that State; or (ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation”.³³ Het bestaan van de verplichtingen *erga omnes* is ook in de jurisprudentie van verschillende hoven en gerechtshoven erkend.³⁴ De brede erkenning van het bestaan van dergelijke verplichtingen heeft geen einde gemaakt aan de discussies over de methoden voor de identificatie van *erga omnes*-verplichtingen noch volledige duidelijkheid geschapen over de gevolgen van een schending van een *erga omnes*-verplichting. Dit preadvies is niet de plek om verder op deze discussies in te gaan. In plaats daarvan willen wij twee andere aspecten van het bestaan van *erga omnes*-verplichtingen belichten, die rechtstreeks te maken hebben met de plaats van territoriale soevereiniteit in het internationaal recht.

In de eerste plaats laat de erkenning van het bestaan van *erga omnes*-verplichtingen zien dat territoriale soevereiniteit niet alleen verplichtingen met zich meebrengt jegens andere staten als territoriaal soevereine staten. Verplichtingen jegens de internationale gemeenschap als geheel zijn geen

32. Barcelona Traction, paras 33, 34.

33. Zie in dit verband ook artikel 48 dat stelt dat “1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole. 2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State: (a) cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and (b) performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.”

34. Voor een discussie zie onder andere: Jochen Frowein, *Obligations Erga Omnes*, Oxford Public International Law: 2008 beschikbaar via: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1400>; Erika de Wet, ‘Invoking obligations erga omnes in the twenty-first century’, 37 *South African Yearbook of International Law* (2013).

“bundles of bilateral obligations”³⁵ die gelden tussen individuele staten, maar verplichtingen jegens iets dat de staat overstijgt, ‘de internationale gemeenschap als geheel’. Ook als staten voor het inroepen van de aansprakelijkheid van een andere staat moeten aantonen dat zij “specifiek zijn geraakt” (artikel 42 ILC Artikelen), blijft overeind dat zij specifiek zijn geraakt door een schending van een verplichting jegens de gemeenschap als geheel. Hierbij laat het Internationaal Gerechtshof in zijn *obiter dictum* in 1970 welbewust ruimte voor de verdere ontwikkeling van *erga omnes*-verplichtingen door termen te gebruiken zoals ‘bijvoorbeeld’- en ‘waar-onder’-termen die nadrukkelijk aangeven dat het Hof geen uitputtende opsomming van *erga omnes*-verplichtingen voor ogen had. Ook laat het Hof (en de ILC) in beginsel ruimte voor een bredere interpretatie van het concept van de internationale gemeenschap (‘international community as a whole’). Het Hof spreekt hier immers niet over een gemeenschap van staten, maar benadrukt juist, door het gebruik van de term ‘als geheel’, het eigen karakter van de internationale gemeenschap. De internationale gemeenschap behoeft dus niet beperkt te blijven tot staten, maar kan worden uitgebreid tot niet-statelijke actoren. Zoals we in de eerste paragraaf van ons advies hebben uiteengezet, is de statelijke conceptie van de wereldgemeenschap historisch bepaald en is er geen enkele reden om deze conceptie als een soort natuurlijk gegeven te beschouwen. Sterker nog, de onderbouwing van het belang van territoriale soevereiniteit zoals die in *Island of Palmas* werd gegeven, nodigt juist uit tot het steeds opnieuw reflecteren op de aard van de wereldgemeenschap, vanuit de gedachte dat er een verband dient te zijn tussen het uitoefenen van gezag en (internationale) verantwoordelijkheid.

De ontwikkeling van *erga omnes*-verplichtingen heeft echter ook een tweede aspect. Hoewel *erga omnes*-verplichtingen verwijzen naar iets dat de territoriale staat overstijgt, zou het een misvatting zijn om de ontwikkeling van deze verplichtingen louter te zien als iets dat het belang van territoriale staten ondergraaft. Uiteindelijk worden *erga omnes*-verplichtingen nog steeds grotendeels geplaatst binnen een wereldorde die de territoriale staat als uitgangspunt neemt. De verplichtingen jegens de gemeenschap rusten op staten, die geacht worden hun effectief gezag zo aan te wenden dat de belangen van de gemeenschap worden gediend. Er is derhalve geen *zero sum game* gaande tussen de internationale gemeenschap en de soevereine staat. Dit blijkt ook uit het feit dat het Hof in *Barcelona Traction* na de erkenning van verplichtingen jegens de ‘internationale gemeenschap als geheel’ meteen spreekt over het rechtsbelang van *staten*. Voor de realisering van gemeenschapsbelangen kijken zowel het Hof als de ILC nog steeds primair naar territoriaal afgebakende soevereine staten.

35. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press: 2002, p. 277.

3. Het grondgebied van de mensheid

De opkomst van de territoriaal begrensde staat deed echter nog een andere vraag rijzen: hoe moet het grondgebied van soevereine staten worden afgebakend tegenover gebieden zoals de volle zee? Een mogelijke oplossing zou zijn geweest om alle gebieden op aarde toe te wijzen aan soevereine staten – zoals werd geclaimd in het Verdrag van Tordesillas (1494). Dit verdrag, waarin Spanje en Portugal met pauselijke zegen de niet-Europese wereld onderling trachtten te verdelen, was niet toevallig gebaseerd op een geheel andere conceptie van grondgebied dan toentertijd gebruikelijk in Europa. Waar Europese gebieden nog vooral werden begrepen als series unieke plaatsen met overlappende jurisdicties, werd de ‘Nieuwe Wereld’ beschouwd als een vrije ruimte die kon worden geduid in termen van abstracte geometrische categorieën. Zoals Jeppe Strandsbjerg betoogt: “[I]t was already decided that Brazil would belong to the crown of Portugal even prior to its ‘discovery’ in 1500, and it was thus the Treaty based on a cartographic reality of the world that came to decide ‘the reality on the ground’ and not the other way around”.³⁶ Hiermee werd het Verdrag van Tordesillas baanbrekend omdat: “for the first time in history an abstract geometric system had been used to define a vast – global – area of control”.³⁷

Deze benadering van gebieden zoals de volle zee werd echter niet geaccepteerd in het moderne volkenrecht. Onder invloed van denkers zoals Vitoria en Grotius werd de volle zee in plaats daarvan geconceptualiseerd als een *vrije* ruimte, die toebehoort aan de mensheid als geheel. De volle zee werd niet beschouwd als *terra nullius* dat in beginsel kan worden toegeëigend, maar als een open, vrije ruimte die zich verzet tegen claims van eigendom of soevereiniteit.³⁸ Een van de gronden die voor deze conceptualisering werd aangevoerd, was het in het natuurrecht gefundeerde *ius communicationis*. Dit natuurrecht hield onder andere in dat politieke gemeenschappen verplicht waren om de vrijheid van reizen, evangeliseren en handel te respecteren. Ook hield het in dat politieke gemeenschappen die deze rechten dwarsbomen, een natuurlijk recht schenden dat toebehoort aan de mensheid als geheel. Wanneer andere

36. Jeppe Strandsbjerg, ‘The Cartographic Constitution of Global Politics’, paper for the workshop ‘Constructions of Globality’ Danish Institute for International Studies, 17-18 June 2013, p. 8.

37. Robert David Sach, *Human Territoriality: Its Theory and History*, Cambridge University Press: 1986, p. 132.

38. Zoals Carl Schmitt opmerkte: “The antithesis of land and sea as an antithesis of diverse spatial orders is a modern phenomenon. It governed the structure of European international law only after the 17th and 18th centuries, i.e., only after the oceans had opened up and the first global image of the earth had emerged”. Carl Schmitt, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europeaeum*, Telos Press: 2003, p. 54.

middelen niet effectief blijken, zouden dergelijke gemeenschappen via een rechtvaardige oorlog gedisciplineerd mogen worden³⁹ en zelfs worden beschouwd als vijanden van de mensheid (*hostes humani generis*).⁴⁰

Het idee dat bepaalde gebieden vrijelijk toebehoren aan de mensheid als geheel, is tot op de huidige dag onderdeel van het volkenrecht. Toch is er een belangrijk verschil met de manier waarop Vitoria en Grotius dachten over de volle zee en het *ius communicationis*. In het huidige volkenrecht worden veel gebieden die toebehoren aan de mensheid (ook) beschouwd als ruimtes die bescherming behoeven, en als gebieden wier opbrengsten eerlijk dienen te worden verdeeld tussen de staten. Met andere woorden: gebieden die toebehoren aan de mensheid als geheel worden niet alleen geconceptualiseerd als vrij, maar (ook) als gebieden ten behoeve waarvan staten gezamenlijk inspanningen dienen te verrichten. Neem bijvoorbeeld het Ruimteverdrag (Outer Space Treaty, 1967). De eerste artikelen definiëren de ruimte als een gebied dat behoort aan de mensheid als geheel ('providence of mankind') en verbiedt dientengevolge "national appropriation through sovereignty claims by means of use or occupation, or by any other means" (artikel 2). De ruimte wordt geconceptualiseerd als een zone die staten vrijelijk kunnen gebruiken en exploreren; een conceptualisering van gebied die lijkt op de manier waarop Vitoria en Grotius spraken over de volle zee. Echter, deze vrijheidsrechten worden tegelijkertijd aangevuld door andere bepalingen uit het verdrag. Deze bepalingen zetten uiteen dat staten hun vrijheid moeten gebruiken ten behoeve van alle andere staten: "The exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development ..." (artikel 1). Andere bepalingen leggen staten verplichtingen op ter bescherming van het milieu en waarborging van de rechten van andere staten (bijvoorbeeld artikel 9). Het voorbeeld van het Ruimteverdrag laat zien dat in het huidige volkenrecht de toewijzing van gebieden aan de mensheid (soms) gepaard gaat met noties van solidariteit, zorg en voorzorg. Het grondgebied van de mensheid als geheel is niet langer uitsluitend een vrij gebied, maar ook een gebied dat onderwerp is van gedeelde zorg van de mensheid als geheel.

Zo blijft ook bij de bescherming van de (vrijheid van) gemeenschappelijke ruimten een belangrijke rol weggelegd voor staten. Een goed voorbeeld hiervan kan worden gevonden in de plicht tot het redden van levens op de

39. Franciscus de Vitoria, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, Carnegie Institution of Washington: 1917 [1539], deel III.

40. Hugo Grotius, *The Freedom of the Seas. Or the right which belongs to the Dutch to take part in the East Indian Trade*, Oxford University Press: 1916 [1609], p. 327.

volle zee. Deze plicht werd al erkend in onder andere Grotius' *Mare Liberum*⁴¹ en Vattel's *Droit des Gens*⁴² alsmede in verschillende verdragen sinds het begin van de twintigste eeuw.⁴³ De plicht tot het redden van levens op volle zee werd in 1958 neergelegd in het VN Verdrag inzake het Recht van de Zee (UNCLOS). Artikel 98 van het Verdrag uit 1982, dat ook kan worden beschouwd als een regel van internationaal gewoonterecht,⁴⁴ stelt het volgende:

"1. Iedere staat dient de kapitein van een schip dat zijn vlag voert ertoe te verplichten dat hij, voorzover hij zulks kan doen zonder ernstig gevaar voor het schip, de bemanning of de passagiers: a) hulp verleent aan een ieder die hij op zee in levensgevaar aantreft; b) met de grootst mogelijke spoed personen die in nood verkeren te hulp komt, indien hem is medegedeeld dat zij hulp behoeven, voorzover een dergelijke handel- wijze redelijkerwijze van hem verwacht kan worden; c) na een aanvaring hulp verleent aan het andere schip, zijn bemanning en passagiers en, indien mogelijk, het andere schip de naam van zijn eigen schip, de haven waar het is geregistreerd en de dichtsbijzijnde haven waar het zal aanlopen, mededeelt.

2. Iedere kuststaat bevordert de oprichting, het functioneren en het onderhoud van een voor zijn taak berekende en doeltreffende opsporings- en reddingsdienst ten behoeve van de veiligheid op en boven de zee en dient, waar de omstandigheden zulks nodig maken, hiertoe met zijn buurstaten regionale overeenkomsten voor wederzijdse samenwerking te sluiten."⁴⁵

Artikel 98 bevat een plicht voor twee betrokken staten: de vlaggenstaat en de kuststaat. De laatste staat is gehouden tot een aanzienlijke inspanningsplicht, die nader is gespecificeerd in een aantal verdere verdragen zoals de Convention for the Safety of Life at Sea, de International Convention on Maritime Search and Rescue en de International Convention on Salvage.⁴⁶ Zoals Aalberts en Gammeltoft-Hansen hebben betoogd, is de plicht tot het redden van levens op volle zee sinds de jaren zeventig van een relatief

41. Voor een discussie zie Tanja Aalberts en Thomas Gammeltoft-Hansen, 'Sovereignty at Sea: Law and Politics of Saving Lives on *Mare Liberum*', 17 *Journal of International Relations and Development* (2014), p. 439-468.

42. Emer de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, vol. 1, 1758, 170 (beschikbaar via <https://oll.libertyfund.org/titles/vattel-le-droit-des-gens-ou-principes-de-la-loi-naturelle-vol-1>).

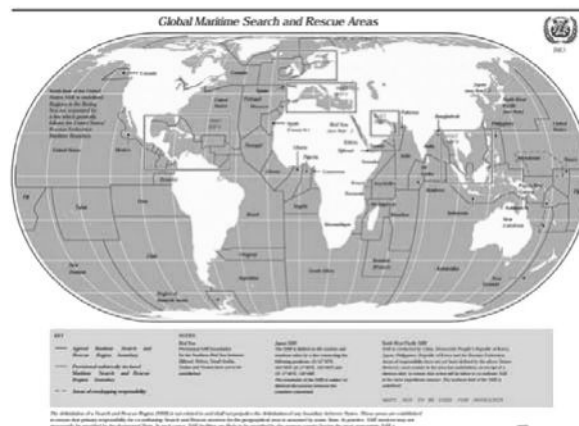
43. Voor een analyse zie: Irini Papanicolopulu, The Duty to Rescue at Sea, in Peacetime and War: A General Overview, 98 *International Review of the Red Cross* 2 (2016), p. 491-514.

44. Zie hiervoor onder andere de artikelen van de International Law Commission inzake het recht van de zee: *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 2 (1956), p. 281.

45. Verdrag van de Verenigde Naties inzake het Recht van de Zee en de Overeenkomst inzake de Toepassing van Deel XI van dat Verdrag, Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen L 179/3.

46. Papanicolopulu, 2016, p. 493, 494. De vindplaatsen van de verdragen zijn respectievelijk: International Convention for the Safety of Life at Sea, 1184 UNTS 278, 1 November 1974; International Convention on Maritime Search and Rescue, 1405 UNTS 118, 27 April 1979; International Convention on Salvage, 1953 UNTS 165, 28 April 1989.

onomstreden kwestie tot een zaak van groot politiek belang geworden. Deze ontwikkeling werd in gang gezet door de stijging van het aantal migranten op zee dat een beroep deed op asiel bij de staat die de reddingsoperatie uitvoerde. Dit leidde tot een situatie waarin verschillende staten verantwoordelijkheid voor de betreffende migranten probeerden af te schuiven op andere staten.⁴⁷ Om de positie van migranten op zee te beschermen, werden in 2004 verschillende amendementen aan het Verdrag inzake veiligheid op zee toegevoegd, die tot doel hebben de geredde personen op een veilige plek van boord te kunnen laten gaan, zonder daarbij staten een plicht op te leggen om personen tot hun grondgebied toe te laten. Deze amendementen traden in 2006 in werking, maar binden uiteraard alleen de partijen die deze hebben geaccepteerd. Een van de staten die de amendementen niet hebben geaccepteerd, is Malta. Voor dit preadvies is het interessant om op te merken dat deze amendementen ook hebben geleid tot een nieuwe vorm van territoriale verdeling van de volle zee, waarbij aan staten een primaire verantwoordelijkheid werd toebedeeld om er voor zorg te dragen dat staten hun handelingen coördineren en dat zij samenwerken teneinde een veilige plek te vinden waar geredde personen van boord kunnen gaan. Wat in de geschriften van Grotius nog werd verbeeld als een open, lege ruimte, wordt in het verdrag van 2004 als volgt weergegeven:



In de volgende paragraaf illustreren we de op de vorige pagina's uiteen-gezette noties van territorium aan de hand van het volkenrechtelijk debat over cyberspace. Zoals gezegd wordt wel gedacht dat cyberspace een fundamen-teel probleem vormt voor de toepassing van het volkenrecht vanwege het

47. Aalberts en Gammeltoft-Hansen, 2014, p. 449.

‘virtuele’ karakter van de ruimte. Cyberspace, zo gaat de redenering, is in wezen een ongrijpbare plek die zich niet laat vangen in bestaande noties van territoriale jurisdictie. Aan de andere kant van het spectrum zijn er juristen die stellen dat cyberspace gewoon gereguleerd kan worden aan de hand van bestaande volkenrechtelijke normen. Zij stellen dat er ‘niks nieuws’ onder de zon is: cyberspace is *business as usual*. Aan de hand van drie verschillende manieren om cyberspace – letterlijk – in kaart te brengen laten we zien hoe deze pogingen om deze ruimte volkenrechtelijk te duiden, vorm krijgen.⁴⁸

4. Cyberspace en volkenrechtelijke concepties van territoir

a. *Territoir als knooppunten*

In paragraaf 1 stelden we dat de *Mappa Mundi* een beeld geeft van de relatie tussen territoir en jurisdictie dat we tot voor kort nog maar nauwelijks herkenden. De *Mappa Mundi* laat zien hoe gezag wordt uitgeoefend in bepaalde ‘kernen’ – steden of burchten – en hoe verder van de kern, hoe onduidelijker de uitoefening van gezag. Kijkend naar de kaart in de kathedraal van Hereford zien we een idee van jurisdictie gecentreerd rond knooppunten – niet volgens min of meer vastomlijnde gebieden. Ryngaert en Zoetekauw stellen dat precies dit idee van jurisdictie herleeft met de komst van het internet:

“community-based alternatives to territoriality have returned to the fore in the internet era, in which transnational communication and commerce render territorial boundaries increasingly futile, and where individuals identify with self-constituted communities rather than with the state”.⁴⁹

Wat Ryngaert en Zoetekauw hier aangeven, is dat met de opkomst van het internet een gemeenschapsvorm terugkomt “[which] [has] not existed ... for quite a while.”⁵⁰ Naast het gevoel onderdeel uit te maken van de natiestaat waar zij of hij burger van is, kan een individu zich nu net zo goed deelgenoot voelen van een online – niet-territoriale – gemeenschap.⁵¹ In onze inleiding plaatsten we dit preadvies al in de context van globalisering: de ‘sociale acceleratie van tijd’, zoals Hartmut Rosa het formuleert, en de verschuiving

48. Alle kaarten zijn afkomstig van www.wired.com/2015/06/mapping-the-internet/ (bezocht op 29 augustus 2018). We kwamen deze kaarten op het spoor via een artikel van Molly Sauter, ‘Show Me on the Map Where They Hacked You: Cyberwar and the Geospatial Internet Doctrine’, 47 *Case Western Reserve Journal of International Law* 63 (2015). Zie ook Boer, *Spoofed Presence*, p. 131-132.

49. Ryngaert en Zoetekauw, *End of Territory*, p. 187.

50. *Ibid.*, p. 187. Zie ook Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace*.

51. Ryngaert en Zoetekauw, *End of Territory*, p. 191.

van 'territorialiteit naar functionaliteit' die Luhman voorspelde. Dit is ook wat Ryngaert en Zoetekauw doen als het gaat om het ontstaan van dit nieuwe type gemeenschappen. Met verwijzing naar Paul Berman stellen ze dat "als gevolg van migratie en de mogelijkheid van transnationale communicatie mensen zich onderdeel kunnen voelen van meerdere gemeenschappen tegelijkertijd".⁵² Er is sprake van "multiple, overlapping communities" waarbij de uitoefening van jurisdictie plaatsvindt op basis van welke van die gemeenschappen "has the strongest ties with a legal dispute."⁵³ Jurisdictie vloeit in dit model niet per definitie noch primair voort uit territorialiteit. In plaats daarvan wordt de vraag naar de *grondslag* voor jurisdictie een fundamenteel andere: het maakt niet uit waar partijen zich fysiek bevinden, het maakt uit welke gemeenschap het meeste schade ondervindt van het dispuut in kwestie.⁵⁴

Ryngaert en Zoetekauw benadrukken dat deze vormen van jurisdictie zich nu al voordoen: "This re-emergence of the concept of a community-based, self-regulatory model of jurisdiction", stellen ze, "is not merely theoretical".⁵⁵ Om onszelf als voorbeeld te nemen: met een Facebook-account wordt het mogelijk nieuwe publicaties of interessante conferenties te delen met andere (rechts)wetenschappers die eveneens zijn aangesloten op Facebook. Op die manier vormen we, los van territoriale grenzen, een gemeenschap met andere wetenschappers die als 'vrienden' zijn aangemerkt op Facebook. Jurisdictie binnen deze gemeenschap wordt primair uitgeoefend door Facebook zelf: bij het creëren van een account dient de gebruiker akkoord te gaan met de gebruikersvoorwaarden. Facebook handhaaft deze richtlijnen door controle uit te oefenen op wat gebruikers publiceren; het is niet toegestaan 'aanstootgevend materiaal' te plaatsen. Hieronder wordt onder andere verstaan 'haatdragend taalgebruik', het plaatsen van naaktbeelden en het publiceren van 'wrede of ongevoelige inhoud'.⁵⁶ In februari 2019 bijvoorbeeld werd het

52. Ibid., p. 191, onze vertaling. Het artikel waar ze naar verwijzen is Paul Schiff Berman, 'From International Law to Law and Globalization', 43 *The Columbia Journal of Transnational Law* 485 (2005).

53. Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 191.

54. "A community-based jurisdiction may, compared to the nation state, more legitimately and capably assess the damage done to a particular community." Ibid., p. 192. Dit laat onverlet dat de staat uiteraard meer middelen tot zijn beschikking heeft zijn uitoefening van jurisdictie af te dwingen; zie bijvoorbeeld Guest author, *The tales of Facebook's jurisdiction: Nudes, Cookies and Schrems*, on 'EDRi', 24 February 2016, <https://edri.org/the-theses-of-facebooks-jurisdiction-nudes-cookies-and-schrems/>.

55. Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 193.

56. Facebook, *Richtlijnen voor de community*, www.facebook.com/communitystandards/, geraadpleegd op 3 september 2018. Dit voorbeeld is gebaseerd op dat van Ryngaert en Zoetekouw, die zelf onder andere naar eBay verwijzen. Zie *ibid.*, 193-194. Voor meer over de regulering van online gedrag door Facebook, zie bijvoorbeeld Natalie Alkiviadou, 'Hate Speech on Social Media Networks: Towards a Regulatory Framework?', 28 *Information & Communications Technology Law* 1 (2018).

account van Tommy Robinson verwijderd, een Brit die al jaren ageert tegen de islam.⁵⁷ Facebook stelde tot deze maatregel over te zijn gegaan vanwege Robinson's "dehumanizing language and calls for violence targeted at Muslims".⁵⁸ Hoewel Robinson zelf stelde dat er sprake was van 'censuur',⁵⁹ was dit ingrijpen door Facebook naar eigen zeggen het gevolg van het simpelweg handhaven van de 'community standards'. Dit zijn de voorwaarden voor de toegang tot Facebook die elke gebruiker – dus ook Robinson – ondertekent bij registratie op Facebook. Deze ondertekening komt feitelijk neer op toestemming met de uitoefening van jurisdictie door Facebook over wat er binnen deze online gemeenschap gebeurt.

Facebook verwijst naar deze principes dus als 'richtlijnen voor de gemeenschap' die aangeven wat wel en niet toegestaan is. Deze gemeenschap wordt gekenmerkt door haar 'diversiteit'; "een community van meer dan twee miljard mensen die communiceren vanuit diverse landen en culturen".⁶⁰ Met andere woorden: de gemene deler van deze groep mensen – inmiddels ruim twee miljard⁶¹ – is niet het burgerschap van een natiestaat, maar *juist* de diverse samenstelling die de grenzen van landen en culturen overschrijdt. Dit is precies wat deze en andere online gemeenschappen typeert: het zijn 'delocalized communities' die gevormd worden op basis van 'shared affinities, interests, and goals'.⁶² Binnen Facebook kunnen zich ook weer meerdere 'deelgemeenschappen' vormen – bijvoorbeeld in de vorm van een groepspagina. Op die groepspagina wordt 'jurisdictie' uitgeoefend door de beheerder of moderator van die groep: zij of hij heeft bijvoorbeeld de mogelijkheid *posts* op die groepspagina te verwijderen.⁶³ Dit doet echter niet af aan de overkoepelende jurisdictie die Facebook houdt over alle *content* die op Facebook wordt geplaatst.

57. 'Facebook verwijderd account anti-islamactivist Tommy Robinson', nos.nl, 26 februari 2019.

58. 'Removing Tommy Robinson's Page and Profile for Violating Our Community Standards', <https://newsroom.fb.com/news/2019/02/removing-tommy-robinson/>, 26 februari 2019.

59. Supra noot 58.

60. www.facebook.com/communitystandards/.

61. <https://newsroom.fb.com/company-info/>, 18 januari 2019.

62. Thomas Schultz, 'Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface', 19 *European Journal of International Law* 799 (2008), p. 832.

63. Facebook heeft een overzicht gemaakt van de bevoegdheden van beheerders en moderators; zie www.facebook.com/help/901690736606156?helpref=related, 1 maart 2019.

Ryngaert en Zoetekouw benadrukken bovendien dat dit niet per definitie betekent dat er sprake is van ‘vervanging’⁶⁴ van de jurisdictie van de staat. In 2016 ondertekenden de Europese Commissie en Facebook, Microsoft, YouTube en Twitter een Gedragscode die tot doel heeft “illegale haatzaaiende uitingen op het internet te bestrijden”.⁶⁵ In de gedragscode committeren deze bedrijven zich aan het controleren en waar nodig verwijderen van *content* die door gebruikers als haatzaaiend wordt aangemerkt.⁶⁶ Deze toetsing vindt plaats, niet alleen aan de hand van de “regels en gemeenschappelijke richtsnoeren” van deze bedrijven zelf, maar “waar nodig, aan het nationale recht tot omzetting van Kaderbesluit 2008/913/JBZ”.⁶⁷ Dit Kaderbesluit, op zijn beurt, verplicht EU-lidstaten tot de strafbaarstelling van “delicten die verband houden met racisme en vreemdelingenhaat”.⁶⁸

De jurisdictie uitgeoefend door Facebook, en door (in dit geval) de lidstaten, opereren dus parallel aan elkaar.⁶⁹ Facebook zelf stelt bijvoorbeeld dat “[a]ls we geloven dat er wezenlijk risico bestaat op fysiek geweld of als de openbare veiligheid rechtstreeks in gevaar komt, waarschuwen we mogelijk de autoriteiten”.⁷⁰ Belangrijker: zelfs als Facebook een dergelijke clausule niet had opgenomen is het in principe mogelijk voor de staat jurisdictie uit te oefenen als bijvoorbeeld zijn eigen burgers die gewelddadige *content* op Facebook publiceren.⁷¹ Omgekeerd, echter, is er in sommige gevallen ook sprake van verzet tegen uitoefening van jurisdictie door de staat. Ryngaert en Zoetekouw beschrijven hoe Google poogt Europese privacyregels te omzeilen, en gebruikmaakt van wat zij aanduiden als “the borderless nature of

64. Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 194. Zie *ibid.*, p. 187, 191, 193-194, 195-196; Alkiviadou, *Hate Speech*, p. 8. Zie echter Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 198-200 voor manieren waarop de territoriale jurisdictie van de staat wél fundamenteel ter discussie wordt gesteld.

65. Gedragscode, p. 1; zoals gesteld door Alkiviadou, *Hate Speech*, p. 13. De Nederlandse tekst van de gedragscode kan geraadpleegd worden via http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42866 (18 januari 2019).

66. *Ibid.*, p. 13; Gedragscode, p. 2.

67. Gedragscode, p. 2.

68. Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht, artikel 1.

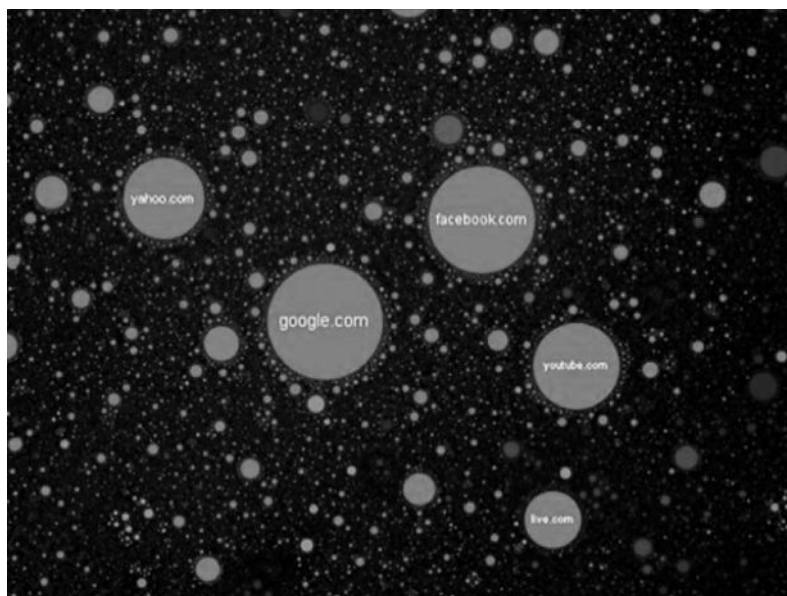
69. “eBay’s system does not (entirely) replace the territorial state-based system. Indeed, eBay acknowledges the powers of states and works alongside them; it provides an additional regulatory and enforcement layer within its own functionally differentiated sphere of influence. eBay constitutes a community-based alternative to territoriality, but it does not supplant it, nor wishes to.” Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 194.

70. www.facebook.com/communitystandards/.

71. *Supra* noot 55; Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 194.

the internet [by means of which] it can easily avoid *genuine* subjection to state/EU enforcement jurisdiction”.⁷²

Samenvattend, het idee van een “community-based jurisdictional order”⁷³ kan worden geïllustreerd aan de hand van onderstaande kaart:



Zoals te zien is in de afbeelding is elke cirkel een website; de grootte van de cirkel is afhankelijk van de hoeveelheid internetverkeer naar deze website. De relatieve afstand *tussen* de cirkels wordt bepaald door hoe vaak gebruikers wisselen tussen websites: er is bijvoorbeeld meer internetverkeer tussen Google en Facebook dan tussen Google en YouTube.⁷⁴

72. Ibid., p. 197, cursivering in origineel.

73. Ibid., p. 200.

74. <http://internet-map.net/> → about, geraadpleegd op 21 januari 2019; vertaling uit het Engels: “Every site is a circle on the map, and its size is determined by website traffic, the larger the amount of traffic, the bigger the circle. Users’ switching between websites forms links, and the stronger the link, the closer the websites tend to arrange themselves to each other.” De makers geven verder aan dat de kleuren van de cirkels staan voor bepaalde landen: de groenblauwe cirkels van Google en YouTube geven aan dat het gaat om Amerikaanse websites; blauw staat voor Duitsland, groen voor Indiase websites, enz.

Wat we hier zien afgebeeld zijn online gemeenschappen waarvan de 'jurisdictie' niet aanpalend is; de ruimte tussen de cirkels blijft ongedefinieerd. Het doet sterk denken aan de *Mappa Mundi* die slechts de namen van plaatsen weergeeft; jurisdictie wordt uitgeoefend *in die plaats*. Wat daarbuiten – of 'daartussen' – gebeurt is minder relevant. Het grote verschil is natuurlijk dat op de *Mappa Mundi* knooppunten wel degelijk territoriaal gebonden waren: het maakt uit wáár – in welke stad – iemand of iets zich fysiek bevindt. Dat geldt niet voor de knooppunten waar gemeenschappen zoals Facebook samenkomen: kenmerkend is juist het a-territoriale karakter ervan. De makers van de hierboven afgebeelde kaart leggen dit ook uit in de omschrijving die ze er van geven: "unlike real maps (e.g. the map of the Earth) or virtual maps (e.g. the map of Mordor), the objects shown on [this map] are not aligned on a surface".⁷⁵ Facebook omschrijft zijn eigen gemeenschap als grens- en cultuuroverschrijdend, en bij uitstek niet territoriaal gebonden. Als we dus de vraag stellen naar de grondslag voor de uitoefening van gezag komen we ten aanzien van de *Mappa Mundi* uit op territoriaal gebonden 'kernen'; in het geval van Facebook volgt dat uit het tekenen van de gebruikersvoorwaarden en de daarmee samengaande toetreding tot deze *online*, niet territoriaal gebonden gemeenschap.

b. Territoir als strikt afgebakend grondgebied

In de eerste paragraaf van de preadvies zetten we ook een tweede visie op territoir uit: één waarin sprake is van een in grote mate vastomlijnd gebied, wat vrij precies kan worden aangeduid met behulp van lengte- en breedtegraden. De koppeling van de uitoefening van gezag aan een dergelijk vaststaand gebied zien we terug in de conservatieve benadering van de regulering van cyberspace van een grote groep juristen die zich bezig houdt met dit debat. 'Conservatief' in deze zin moet worden opgevat als vasthoudend aan bestaande vormen van regulering en een daarmee vaak samengaande relativisering van de uniciteit van cyberspace. De onderliggende veronderstelling van de positie die deze juristen innemen is dat het internationaal recht prima in staat is deze nieuwe ontwikkeling te ondervangen. Daarbij wordt bijvoorbeeld verwezen naar de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de *Nuclear Weapons Opinion*. Het Hof werd gevraagd naar de legaliteit van de inzet van nucleaire wapens, en moest daarbij onder andere een nadere duiding geven van de relevante bepalingen uit het Handvest van de Verenigde Naties: het geweldsverbod uit artikel 2(4) en het recht op zelfverdediging uit artikel 51. Het Hof stelde dat "[t]hese provisions do not refer to specific weapons. They apply to any use of force,

75. <http://internet-map.net/> → about, geraadpleegd op 21 januari 2019.

regardless of the weapons employed”.⁷⁶ Deze zinnen worden aangehaald om te betogen dat het recht van internationale vrede en veiligheid wel degelijk ruimte laat voor nieuwe ontwikkelingen: het Handvest ‘voorziet’ in wezen in de opkomst van nieuwe wapens en is niet beperkt tot de regulering van oorlogvoering zoals dat er in 1945 uitzag.

Als illustratie van deze positie kunnen we kijken naar de *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*.⁷⁷ The *Tallinn Manual 2.0* is een recent verschenen handboek over de toepassing van internationaal recht op ‘cyber operations’, ofwel interstatelijk handelen in cyberspace. Geschreven door een grote groep volkenrechtelijk experts, is het één van de belangrijkste publicaties binnen deze subdiscipline van het internationaal recht.

De strikte notie van territorium die het *Manual* hanteert blijkt onder andere uit een presentatie die Michael Schmitt, hoofd van de expertgroep die de *Tallinn Manual* schreef, een paar jaar geleden hield over hoe de *Manual* tot stand kwam:

“I spent the first year thinking ‘the cloud’ was like really up there [...] I didn’t think it was a cloud floating [along] [...] but I did think there were like these waves, like radios and then you just reach up and you grab them out of the sky and then about a year into it finally one of the techies who spoke some language that was incomprehensible to me, finally got through to me and I went ‘oh!’ and it makes a huge difference. Huge difference obviously in law because of the principle of sovereignty.”⁷⁸

Wat we hier zien is een duiding van cyberspace in termen van zijn fysieke componenten. Uit een fysieke locatie volgt vervolgens de mogelijkheid van regulering.⁷⁹ Zodra een server zich ‘ergens’ bevindt, betekent dit dat deze automatisch onder de jurisdictie van de staat valt.⁸⁰ Een ander

76. *Nuclear Weapons Opinion*, para. 39.

77. Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press: 2017. Deze paragraaf is gebaseerd op een eerder verschenen stuk; zie Boer, *Spoofed Presence*.

78. Michael N. Schmitt, *CyCon*, 2012; Michael N. Schmitt: *Tallinn Manual Part I* (CyCon 2012 (I)), www.youtube.com/watch?v=wY3uEo-Itso (26 April 2016). Zie ook Boer, *Spoofed Presence*, p. 142.

79. Sauter, *Show Me On the Map*, p. 73; Boer, *Spoofed Presence*, p. 132; in algemene zin, John Agnew, ‘The Territorial Trap: The Geographical Assumptions of International Relations Theory’, 1 *Review of International Political Economy* 53 (1994).

80. Sauter, *Show Me On the Map*, p. 73; David G. Post, ‘Governing Cyberspace: Law Symposium Review’, 24 *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* 883 (2007) 892; Patrick W. Franzese, ‘Sovereignty in Cyberspace: Can it Exist?’, 64 *Air Force Law Review* 1 (2009) 12; Byassee, *Jurisdiction of Cyberspace*, i.a. p. 199; Boer, *Spoofed Presence*, p. 132, 138.

voorbeeld van deze denkwijze vinden we terug in de eerste paar hoofdstukken van de *Manual* over soevereiniteit en jurisdictie. Hierin stellen de experts bijvoorbeeld dat

“[a] coastal State’s sovereignty over the seabed lying beneath its territorial sea allows that State full control over the placement of any submarine cables thereon.”⁸¹

Met andere woorden, het startpunt van de redenering ten aanzien van de regulering van cyberspace is de territoriale soevereiniteit van de staat.⁸² Voor het internationaal recht doet het er niet toe of zich individuen, gebouwen, of glasvezelkabels op dat grondgebied begeven: wat er toe doet is dat deze ‘fysiek’ aanwezig zijn binnen de vastomlijnde grenzen van de staat en dus onderworpen aan het *gezag* van de staat. De benadering die de *Manual* voorstelt vinden we ook elders in dit debat: er zijn meerdere auteurs die stellen dat de infrastructuur van cyberspace zich vrij eenvoudig leent voor traditionele vormen van uitoefening van jurisdictie. In dit debat staan zij dan ook bekend als de ‘unexceptionalists’;⁸³ zij die stellen dat cyberspace geen uitzonderingspositie behoeft vanwege een verondersteld ‘speciaal’ karakter. Uiteindelijk, zo stellen de *unexceptionalists*, bestaat het internet uit kabels, servers, en individuele gebruikers, en die bevinden zich altijd op het grondgebied van een staat. Ook data is altijd ‘ergens’.⁸⁴

Deze benadering kan worden geïllustreerd aan de hand van onderstaande afbeelding. Wat we hier zien is een kaart van de wereld zoals we die kennen: de continenten zijn afgebeeld met de Noordpool als middelpunt. Op deze kaart zijn vervolgens de optischevezelkabels geprojecteerd die data van het ene naar het andere continent transporteren. De verschillende kleuren blauw geven aan welk deel van de bevolking internettoegang heeft: hoe donkerder blauw, des te hoger de mate van internettoegang.⁸⁵

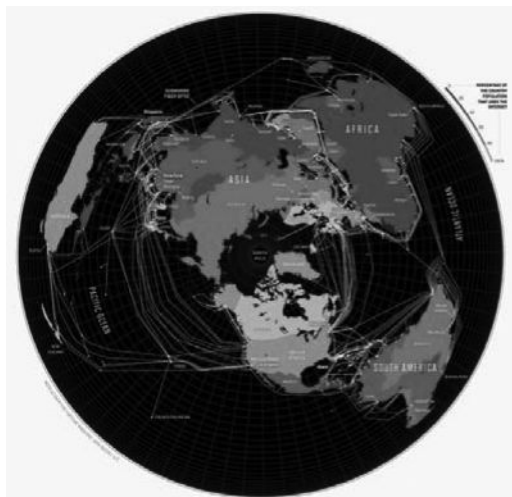
81. P. 17.

82. Zie ook Wouter G. Werner en Lianne J.M. Boer, “It Could Probably Just as Well be Otherwise’: Imageries of Cyberwar”, in: Mónika Ambrus, Rosemary Rayfuse en Wouter Werner (eds.), *Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law*, Oxford University Press: 2017.

83. Post, *Governing Cyberspace*, p. 889 et seq; Boer, *Spoofed Presence*, p. 133 et seq.

84. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual*, 2017, p. 19. Zoals Molly Sauter uitlegt, is dit het gevolg van de metafoer die de *Tallinn Manual* gebruikt om over cyberspace te praten. Zie Sauter, *Show Me On the Map*.

85. Vertaling van het subscript bij deze kaart.



Kortom, in deze benadering is een strikt afgebakend territoir het organiserend principe van het volkenrechtelijk begrip van cyberspace. Dit vergt echter een bereidheid om de ruimte van het internet te reduceren tot zijn fysieke componenten. Een voorbeeld van deze benadering kan worden gevonden in het werk van Nicholas Tsagourias, die ten aanzien van de mogelijkheid tot regulering van internet het volgende stelt:

“[T]he view that cyberspace is subject to law and indeed to international law is not in dispute anymore ... With regard to cyberspace, *a State can exercise jurisdiction* over cyber infrastructure located on its territory and over its nationals when engaged in cyber activities. It can also do so over non-nationals located in its territory. *A State can exercise jurisdiction* over information circulated through cyberspace at the point of delivery as well as the point of reception or when the information crosses through wires and lines falling within its jurisdiction. *A State can exercise jurisdiction* over web addresses to the extent they are registered in a specific country. In sum, *the State can exercise* its prescriptive and enforcement jurisdiction over cyberspace and over cyber activities on the basis of nationality and territoriality.”⁸⁶

De herhaling aan het begin van deze zinnen – gecursiveerd in bovenstaand citaat – is illustratief voor de houding van meerdere deelnemers aan dit debat. De voortdurende (her)bevestiging van de territoriale soevereiniteit van de staat wordt zo het mantra van de volkenrechtjurist.⁸⁷ “[A] *non*

86. Tsagourias, *Legal Status*, p. 13 (in reactie op Barlow, zie paragraaf 4c van dit preadvies), p. 19.

87. Voor een soortgelijke analyse, zie Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 185.

liquet has been avoided”, schrijft Tsagourias aan het eind van zijn hoofdstuk, in termen die doen denken aan de afwending van gevaar en die niet zouden misstaan in de *Tallinn Manual*.⁸⁸

Het is echter zeer de vraag of het internet zich ten principale *laat* reguleren in de vorm van bestaande bepalingen zoals artikel 2(4) of 51 van het VN Handvest, of zelfs door middel van een nog te sluiten verdrag voor de regulering van cyberspace. Er zijn daarom ook juristen die het over een andere boeg gooien. Als voorbeeld noemen we het werk van James Green.⁸⁹ In zijn hoofdstuk over de (on)mogelijkheid van regulering van cyberspace stelt hij dat elke poging zal stranden op het probleem van attributie, zowel in juridische als in technische zin.⁹⁰ Het is vaak lastig, zo stelt hij, om onomstotelijk bewijs te leveren dat een cyberaanval is gepleegd door een staat. Dit is het gevolg van zowel technische problemen bij het herleiden van digitale aanvallen, als onduidelijkheid over de toepassing van de regels van staatsaansprakelijkheid, als discussie over de te hanteren bewijsstandaarden in het internationaal recht.⁹¹ Als er bijvoorbeeld aanwijzingen zouden zijn dat een aanval afkomstig is van een computer op Russisch grondgebied, is het goed mogelijk dat deze informatie vervalst is door de aanvaller ('spoofed presence'⁹²). Ook als dat niet het geval is, weten we niet wie er achter de computer zat, laat staan of er sprake is van een link met de staat vanaf wiens grondgebied de aanval is gepleegd. Het laatste is relevant voor bijvoorbeeld de toepassing van het geweldsverbod: dit ziet alleen op handelingen tussen staten. Om deze reden, stelt Green, is elke poging tot reguleren van interstatelijk handelen in cyberspace in de praktijk vrijwel zinloos. Dit geldt zowel voor bestaand recht, als voor voorstellen om een 'cyberverdrag' af te sluiten. Green meent dat de oplossing daarom moet worden gezocht in het *due diligence*-principe. Dit heeft drie voordelen.⁹³

88. Tsagourias, *Legal Status*, p. 28.

89. James A. Green, *Cyber Warfare: A Multidisciplinary Analysis*, Routledge: 2015. Voor meer besprekingen van het *due diligence*-principe in cyberspace, zie bijvoorbeeld Scott J. Shackelford, Scott Russell en Andreas Kuehn, 'Unpacking the International Law on Cybersecurity Due Diligence: Lessons from the Public and Private Sectors', 17 *Chicago Journal of International Law* 1 (2016); Karine Bannelier-Christakis, 'Cyber Diligence: A Low-Intensity Due Diligence Principle for Low-Intensity Cyber Operations?', 14 *Baltic Yearbook of International Law Online* 23 (2015); Robert Kolb, 'Reflections on Due Diligence Duties and Cyberspace', 58 *German Yearbook of International Law* 113 (2015).

90. Green, *Cyber Warfare*, p. 113-115.

91. *Ibid.*, p. 113-115.

92. De term 'spoofed presence' is afkomstig uit de *Tallinn Manual*; zie Michael N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press: 2013, p. 19. Michael Schmitt schreef zelf ook een stuk over due diligence in cyberspace; zie Michael N. Schmitt, 'In Defense of Due Diligence in Cyberspace', 125 *Yale Law Journal Forum* 68 (2015). Zoals we in het slot van deze paragraaf concluderen, is de context waarin Green het principe plaatst fundamenteel anders.

93. Green, *Cyber Warfare*, p. 118.

Ten eerste lost dit het probleem op van de pogingen die worden ondernomen om het recht toe te passen naar analogie, in het bijzonder in het *jus ad bellum*. Het begrip ‘geweld’ uit het geweldsverbod, bijvoorbeeld, moet worden geherdefinieerd wil het verbod als zodanig kunnen worden toegepast op digitale aanvallen. Waar oorlog in 1945 werd gevoerd met tanks en bommenwerpers, gebeurt dat nu met nullen en enen – en de vraag is of de bestaande regels ruimte laten voor een dergelijke toepassing. Green claimt dat het debat over artikel 2(4) en cyber wordt gekenmerkt door een zekere krampachtigheid: het geweldsverbod, zoals oorspronkelijk bedoeld, heeft maar betrekking op een klein deel van het type aanvallen dat mogelijk wordt gemaakt door cyberspace.⁹⁴ Een verplaatsing van het debat naar *due diligence* lost dit probleem op door het simpelweg onbesproken te laten.

Een tweede voordeel is dat het *due diligence*-principe het debat ‘demilitariseert’.⁹⁵ De constante focus in het volkenrechtelijk debat op de toepassing van het *jus ad bellum* en *jus in bello* draagt een risico in zich op escalatie van conflicten, zo stelt Green: het plaatst ‘cyber’ in het frame van oorlogvoering. Het is dus niet slechts zo dat *due diligence* een interpretatief probleem oplost: het is ook in normatieve zin wenselijk om de regulering van cyberspace breder te trekken dan slechts een discussie van vijandelijke digitale aanvallen.⁹⁶

Tot slot stelt Green dat het *due diligence*-beginsel het probleem van attributie oplost. Hij omschrijft dit voordeel als volgt:

“the *exact* entity conducting acts of cyber aggression would not need to be established, because the rule in question does not relate to the act itself. Instead, states would be inherently responsible for failing to take reasonable steps to prevent attacks from occurring”.⁹⁷

Wat Green hier bedoelt te zeggen is dat toepassing van het *due diligence*-principe de verantwoordelijkheid om te handelen legt bij de staat vanaf wiens grondgebied een aanval plaatsvindt. “[States’] legal duty does not rest on whether or not they were the perpetrator”,⁹⁸ zo stelt hij. Het doet er niet toe wie de handeling verricht: het doet er toe of de staat alles doet wat binnen zijn mogelijkheden ligt om gedrag dat mogelijk schadelijk is voor andere staten, te voorkomen.

In zijn hoofdstuk haalt Green onder andere de *Tallinn Manual* aan – hierboven beschreven – om zijn suggestie voor toepassing van het *due diligence*-principe te onderbouwen. Ook de *Manual* bevat een bepaling over de toepassing van het *due diligence*-principe: in zijn vijfde regel stelt

94. Ibid., p. 97.

95. Ibid., p. 115-116; 118.

96. Ibid., p. 115.

97. Ibid., p. 118.

98. Ibid., p. 118.

de *Manual* dat “[a] state shall not knowingly allow the cyber infrastructure located in its territory or under its exclusive governmental control to be used for acts that adversely and unlawfully affect other states”.⁹⁹ Het is echter van belang aan te geven dat de context waarin de *Tallinn Manual* het *due diligence*-principe aanhaalt fundamenteel verschilt van het voorstel van Green. Green presenteert zijn voorstel bijna als een laatste redmiddel: hij heeft weinig vertrouwen in de toepasbaarheid van bestaand recht, maar ziet een oplossing in het *due diligence*-principe. In de *Tallinn Manual* is dit principe echter ingebed in en onderdeel van een boek dat primair tot doel heeft zijn lezers te laten zien hoe het bestaand recht zijn plaats heeft bij de regulering van cyberspace.

c. *Het onbegrensde grondgebied van de mensheid*

In de inleiding van dit preadvies werd al gesteld dat het idee over de mogelijkheid van regulering van cyberspace afhankelijk is van hoe cyberspace als *ruimte* wordt geduid.¹⁰⁰ Als we teruggaan naar de begindagen van het internet vinden we pleidooien voor een vrije, niet-gereguleerde ruimte. Het meest in het oog springend is het manifest van John Perry Barlow, één van de belangrijkste voorvechters van digitale vrijheden.¹⁰¹ Barlow schreef in 1996 de *Declaration of the Independence of Cyberspace* waarin hij rechtstreeks het woord richtte tot staten die op dat moment de eerste pogingen deden tot regulering van het internet. Het loont om uitgebreid te citeren uit dit manifest:

“Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather ... Governments derive their just powers from the consent of the governed. You have neither solicited nor received ours. We did not invite you. You do not know us, nor do you know our world. Cyberspace does not lie within your borders ... [cyberspace] is not where bodies live ... Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here ... We must declare our virtual selves immune to your sovereignty, even as we continue to consent to your rule over our bodies.”¹⁰²

Dit is een onafhankelijkheidsverklaring *par excellence*: Barlow verklaart het internet hier tot onafhankelijke ruimte, vrij van soevereiniteit en

99. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual*, 2013, Rule 5, geciteerd in Green, *Cyber Warfare*, p. 118.

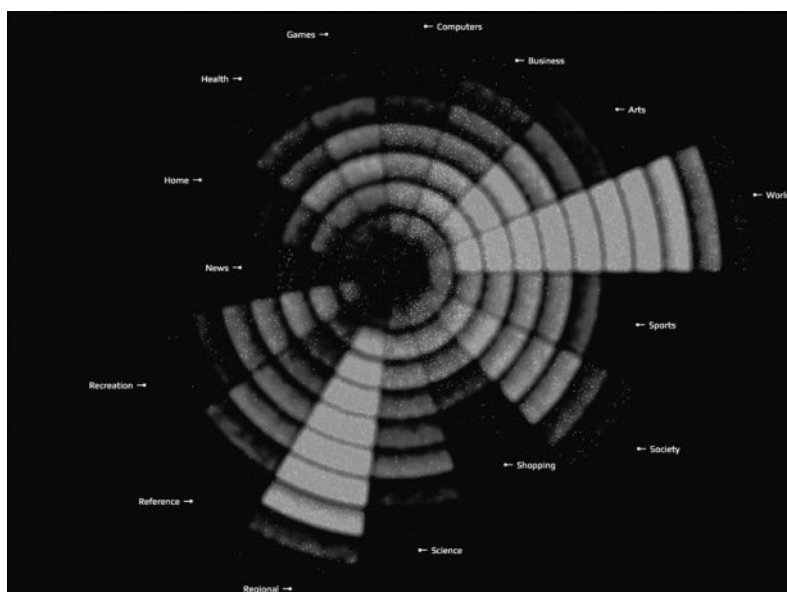
100. Cohen, *Cyberspace as/and Space*.

101. John Perry Barlow Obituary, door Jack Schofield, 11 februari 2018; zie www.theguardian.com/technology/2018/feb/11/john-perry-barlow-obituary, bezocht op 3 september 2018.

102. A Declaration of the Independence of Cyberspace, John Perry Barlow; zie www.eff.org/cyberspace-independence, bezocht op 3 september 2018.

interstatelijke controle op dat wat materieel is. Cyberspace laat zich niet binden, zo stelt Barlow, want niet alleen is er online nooit ingestemd met de uitoefening van soevereiniteit, het is bovendien een immateriële plek: “cyberspace is not where bodies live ... there is no matter here”. De ‘juridische vertaling’ van deze visie werd gemaakt door David Johnson en David Post,¹⁰³ die stelden dat cyberspace als ‘ruimte’ onderworpen zou moeten worden aan zijn eigen wetten, totaal losgekoppeld van de fysieke ruimte die gereguleerd wordt door soevereiniteitsclaims.¹⁰⁴ In plaats daarvan “cyberspace would be subject to its own laws and constituted by consent of its self-selected members”.¹⁰⁵

Deze totale, radicale loskoppeling van het internet van territoriale soevereiniteit vinden we terug in onderstaande afbeelding. Territorialiteit doet hier niet ter zake: wat relevant is voor onderstaande weergave is de inhoud van de websites waarnaar wordt verwezen:



103. Zoals gesteld door Cohen, *Cyberspace as/and Space*, p. 216, met verwijzing naar David R. Johnson and David Post, ‘Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace’, 48 *Stanford Law Review* 1367 (1995).

104. Julie Cohen wijst er echter op dat een dergelijke visie rust op een veronderstelling van “a deeply geographic conception of sovereignty”. Cohen, *Cyberspace as/and Space*, p. 216.

105. *Ibid.*, p. 216.

Wat we hier zien zijn websites geordend in bepaalde categorieën: bijvoorbeeld samenleving, wetenschap en nieuws.¹⁰⁶ Inzoomend op ‘nieuws’, bijvoorbeeld, kan je uiteindelijk terechtkomen bij nieuws over de staat Louisiana en vind je links naar lokale nieuwsmedia zoals ‘The Maroon’ of ‘The Nicholls Worth’.¹⁰⁷ Wat hier ‘in kaart’ wordt gebracht zijn niet geografische verhoudingen, maar ‘plekken’ op het internet die naar onderwerp zijn gegroepeerd. Hiermee zijn we ook voorbij de duidingen van Tsagourias et al.: het internet als een gemeenschappelijke ruimte die wordt gekenmerkt door de *afwezigheid* van soevereiniteitsclaims; de interstatelijke zelfbeheersing.

Barlows manifest is representatief voor een idee van het internet als *absoluut* vrije ruimte. Daar is echter wel kritiek op. Thomas Schultz, bijvoorbeeld, stelt dat cyberspace als veronderstelde ‘vrije ruimte’ *a priori* wordt ingeperkt door wat er in technologische zin (on)mogelijk is online: “technology can be shaped so as to enshrine values of liberty or values of control”.¹⁰⁸ We zijn ons er weliswaar als gebruikers niet van bewust, maar de technologische architectuur – het ‘design’ – van het internet zelf is sturend in wat er wel en niet kan online.¹⁰⁹

De tweede inperking van de veronderstelde ‘vrije ruimte’, en relevanter gegeven de context van dit preadvies, is het gevolg van het opdelen van het internet in “discrete legal spheres”.¹¹⁰ Schultz stelt dat in plaats van dat er “only one cyberspace” is, er sprake is van wat hij ‘horizontale’ en ‘verticale fragmentatie’ noemt.¹¹¹ Hij bestrijdt hiermee het dominante idee van het internet als onderdeel van een beweging van “transnationalism ... in its borderless and global guise”.¹¹² In plaats daarvan stelt hij dat er juist een veelvoud aan nieuwe vormen van jurisdictie ontstaat, zowel in horizontale als verticale zin. Deels betreft dit vormen die “largely autonomous” opereren ten opzichte van de staat (de ‘horizontale fragmentatie’ waar hij op duidt); maar deels betreft dit juist ook

106. “The Internaut Explorer visualizes DMOZ, an open-data directory maintained by volunteer editors.” Wired.com, map 8/14. For Internaut Explorer see <https://expl.re/#>.

107. www.loyolamaroon.com/about/ en <https://thenichollsworth.com/>.

108. Schultz, *Carving up the Internet*, p. 802. Zie ook Cohen, *Cyberspace as/and Space*, p. 250.

109. Schultz, *Carving up the Internet*, p. 802; zie hiervoor bijvoorbeeld ook Geoffrey L. Herrera, ‘Cyberspace and Sovereignty: Thoughts on Physical Space and Digital Space’, *1st International CISS/ETH Conference on The Information Revolution and the Changing Face of International Relations and Security*, Lucerne, Switzerland, 2005, p. 9. Dit gebrek aan bewustzijn geldt uiteraard zolang ons gedrag online niet overduidelijk geblokkeerd wordt, bijvoorbeeld als we in China op Facebook zouden willen.

110. Schultz, *Carving up the Internet*, p. 803.

111. Ibid., p. 803, 800.

112. Ibid., p. 801.

“evolutions that herald a return to some degree of nationalism, understood in the sense of a greater assertion of state power and a greater control over national territories as far as information flows are concerned”.¹¹³

Schultz’ visie op jurisdictie online sluit daarmee aan bij de visie van Ryngaert en Zoetekauw die we hierboven al beschreven.¹¹⁴ De vormen van jurisdictie die ‘horizontaal’ worden uitgeoefend opereren parallel aan de uitoefening van jurisdictie door de staat – de verticale fragmentatie waar Schultz aan refereert. Waar Schultz echter (ook) juist een hernieuwde roep om interventies door de staat signaleert¹¹⁵ vragen Ryngaert en Zoetekauw zich af of het primaat van de territoriale soevereiniteit niet uiteindelijk zal worden overgenomen door andere vormen van jurisdictie.¹¹⁶

Ook Tsagourias ageert tegen de visie van Barlow. Volgens hem is het bestempelen van een gebied als *res communis* uiteindelijk niets anders dan dat staten “refrain from claiming ownership over that area”.¹¹⁷ Met andere woorden, de *global commons* wordt negatief gedefinieerd: het is dat wat *niet* door staten wordt geclaimd. Ook dit is “an act of sovereign authority”, een handeling waarbij staten zélf grenzen stellen aan de geografische reikwijdte van hun soevereiniteit: “[a]uto-limitation is an expression of sovereignty”, stelt Tsagourias.¹¹⁸ Zo bezien is de *global commons* simpelweg het resultaat van interstatelijke zelfbeheersing. Andere voorbeelden hiervan vinden we buiten het debat over cyberspace: bijvoorbeeld het al eerder genoemde Outer Space Treaty, waarin de maan tot *global commons* wordt verklaard, en UNCLOS, dat hetzelfde doet voor de diepzeebodem. In het geval van de Outer Space Treaty volgt de bestempeling tot *global commons* echter uit een verdrag geratificeerd door 97 staten.¹¹⁹ De *global commons* wordt gekenmerkt door de afwezigheid van soevereiniteitsclaims, en is tegelijkertijd het resultaat *van* de wil van de staat, uitgedrukt bijvoorbeeld door middel van de ondertekening van het Outer Space Treaty.¹²⁰

In iets andere vorm stelt Mireille Hildebrandt ook vraagtekens bij de parallel tussen cyberspace en Grotius’ conceptie van de Mare Liberum:

113. Ibid., p. 801.

114. Net als Ryngaert en Zoetekauw neemt Schultz ook eBay als voorbeeld voor een online, zichzelf regulerende gemeenschap. Zie ibid., p. 834-837.

115. Ibid., p. 838.

116. Ryngaert en Zoetekauw, *End of Territory*, p. 187.

117. Tsagourias, *Legal Status*, p. 27.

118. Ibid., p. 28.

119. Volgens de UN Treaty System, zie <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=0800000280128cbd> (21 januari 2019).

120. Tsagourias, *Legal Status*, p. 27-28.

“the high seas – unlike cyberspaces – were not everywhere or anywhere ... the metaphor of Mare Liberum has its limits because – unlike cyberspace – it depends on the territoriality of the land it surrounds”.¹²¹

Samenvattend: de duiding die Schultz, Tsagourias en Hildebrandt, en Barlow geven van hoe het internet gereguleerd wordt dan wel zou moeten worden,¹²² is fundamenteel verschillend. Volgens de eersten is Barlows visie op de regulering van cyberspace simpelweg onjuist, dan wel heeft het zijn beperkingen. Waar Barlow regulering wil overlaten aan de spelers in de vrije ruimte die het internet zou zijn, maken anderen juist bezwaar tegen het volgens hem gedateerde idee dat daaraan te grondslag ligt: het internet als grenzeloze, niet-gereguleerde ruimte.¹²³

In de volgende, afsluitende paragraaf vatten we het voorgaande kort samen, en presenteren we de conclusies die volgen uit dit preadvies.

5. Conclusie

We zijn dit preadvies begonnen met een van de klassieke middeleeuwse kaarten, de *Hereford Mappa Mundi*. Deze kaart weerspiegelt een kijk op territorialiteit die wezenlijk anders is dan de moderne conceptie, die de soevereine staat als uitgangspunt neemt. Door ontwikkelingen zoals de opkomst van het internet is er hernieuwde belangstelling voor alternatieve concepties van territorialiteit en jurisdictie. Het is voorbarig om ten aanzien van het internet te concluderen dat de staat irrelevant is geworden. De staat en zijn territoriale ordening doen er nog steeds toe. Toch kunnen we wel degelijk stellen dat deze territoriale soevereiniteit onder steeds grotere druk komt te staan.¹²⁴ Het is wellicht logisch gezien mogelijk om het internet te duiden vanuit bestaande categorieën, maar deze benadering komt wel met een prijs: veel concrete problemen kunnen alleen op een heel algemeen niveau worden begrepen of moeten simpelweg onbesproken blijven. Het internet wordt daarom niet alleen begrepen vanuit het be-

121. Mireille Hildebrandt, ‘Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace’, 63 *The University of Toronto Law Journal* 196 (2013), 222.

122. Voor een reflectie op deze “conflation of ‘is’ and ‘ought’”, zie Cohen, *Cyberspace as/and Space*, p. 217.

123. Schultz, *Carving up the Internet*, p. 805. Voor een andersoortige kritiek, zie Cohen, *Cyberspace as/and Space*, p. 217-219. Voor een uitgebreider bespreking van cyberspace als global commons, zie ook Jutta Brunnée en Tamar Meshel, ‘Teaching an Old Law New Tricks: International Environmental Law Lessons for Cyberspace Governance’, 58 *German Yearbook of International Law* 129 (2015), p. 22-25 en Franzese, *Sovereignty in Cyberspace*, p. 14-18.

124. Zie ook Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 200.

staande volkenrecht en zijn territoriale ordening, maar ook vanuit alternatieve concepties zoals een gemeenschappelijke ruimte of de middeleeuwse conceptie van grondgebied met overlappende jurisdicties en concentrische vormen van autoriteit.

Tegelijkertijd is het zo dat er in het debat over cyberspace en territorialiteit meerdere voorbeelden zijn te vinden van juristen die de territoriale soevereiniteit van de staat, en het primaat van het bestaande internationaal recht, benadrukken met een zeker fanatisme.¹²⁵ Zo stelt Tsagourias bijvoorbeeld dat

“the view that cyberspace is subject to law and indeed to international law is not in dispute anymore ... Law ... constructs the ontology and function of cyberspace by embedding in the legal norms that apply to cyberspace authoritative choices about the nature and use of cyberspace whilst at the same time it moulds such choices through its own principles and standards”.¹²⁶

Een groter contrast met de visie van John Perry Barlow, over het internet als vrij ruimte, is nauwelijks denkbaar. Het bestaand recht is niet alleen van toepassing op cyberspace; het “constructs [its] ontology”, en maakt ‘authoritative choices’ over ‘the nature’ van cyberspace. Ryngaert en Zoetekauw komen tot een soortgelijke conclusie: “[l]awyers, and especially international lawyers, have difficulties in conceiving alternatives to territoriality as a principle of global jurisdictional order”.¹²⁷ Hetzelfde lijkt overigens te gelden voor henzelf: in de conclusie van hun stuk stellen ze dat

“territoriality, as one of the jurisdictional communities with which individuals identify, appears to take a back seat. It would be incorrect, however, to posit that territoriality has disappeared, or should disappear in the face of novel challenges posed by cyberspace ... it is ... an irrefutable fact that cyberspace makes use of servers, cables, modems, and computers ...”.¹²⁸

De cruciale vraag is echter niet of het internet ook een fysieke component heeft: de vraag is of deze fysieke component juridisch relevant is. Zoals hierboven gesteld staat dat voor de opstellers van de *Tallinn Manual* buiten kijf – maar voor John Perry Barlow doet het er niet toe. Het is nu juist kenmerkend aan het werk van veel volkenrechtjuristen dat deze link tussen territorialiteit en de uitoefening van jurisdictie niet ter discussie wordt gesteld.¹²⁹

125. Zie hiervoor ook Judith N. Shklar, *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics*, Harvard University Press: 1964.

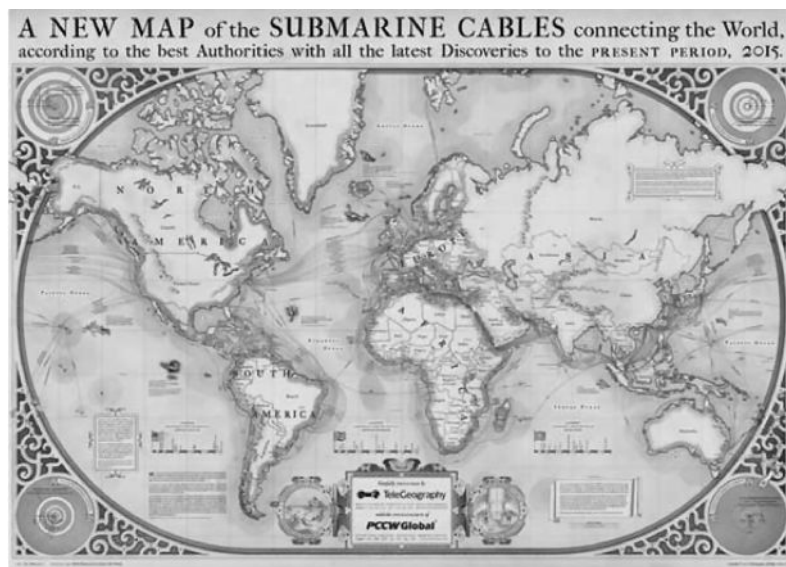
126. Tsagourias, *Legal Status*, p. 13-14.

127. Ryngaert en Zoetekouw, *End of Territory*, p. 185.

128. *Ibid.*, p. 200-201.

129. Zie hiervoor ook Boer, *Spoofed Presence*, o.a. p. 140-143, en de verwijzingen naar het werk van Agnew, *Territorial Trap*.

In dit verband is het de vraag of het internet eenzelfde lot is beschoren als de zeemonsters op kaarten van de vroege ontdekkingsreizigers. Zie ter illustratie de kaart die wij hieronder hebben geprint. De vormgeving van de kaart lijkt op die van de *Mappa Mundi*: de kleurstelling en omlijsting van de kaart doen denken aan oude middeleeuwse kaarten. De lijnen tussen de verschillende continenten geven echter internetkabels weer: het is een ‘nieuwe kaart’ van onderzeese kabels, “according to the best authorities”. Ook afgebeeld staan zeemonsters zoals de vroegere ontdekkingsreizigers die meenden waar te nemen, maar met een kanttekening geplaatst door de 21^e-eeuwse cartograaf: de tienpotige kreeft die ze destijds dachten te zien is een “case of mistaken identity”. In plaats daarvan was dit een “early sighting of an octopus” – geen zeemonster.¹³⁰ Wat op het eerste gezicht onbekend terrein lijkt te zijn, kan bij nader inzien toch worden geduid in reeds bekende categorieën.

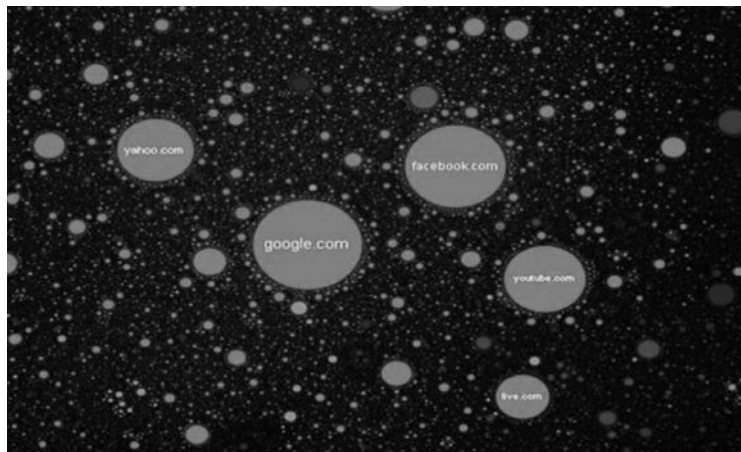
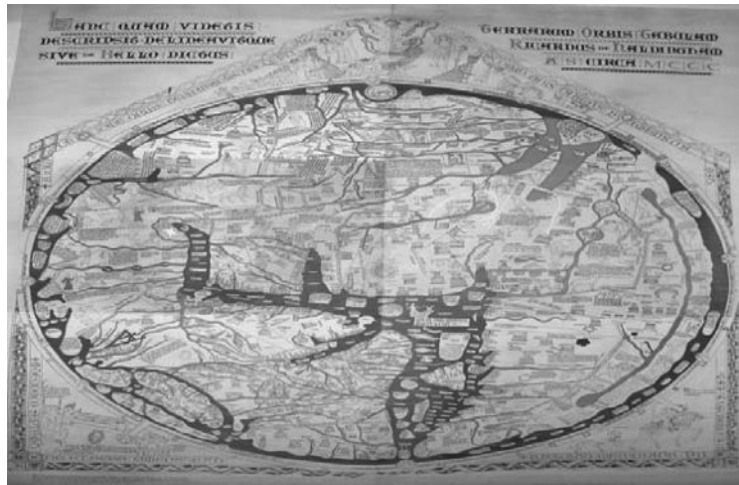


Het verhaal kan ook een andere kant op gaan. Het alternatieve scenario is dat de staat eenzelfde lot beschoren is als het paradijs op middeleeuwse kaarten. Deze moesten steeds opnieuw worden herzien als ontdekkingsreizigers weer een gebied hadden gevonden waar de Hof van Eden niet bleek te bestaan. Uiteindelijk eindigde het paradijs in de kantlijn van middeleeuwse kaarten, als een herinnering aan iets dat niet in kaart gebracht kon worden.

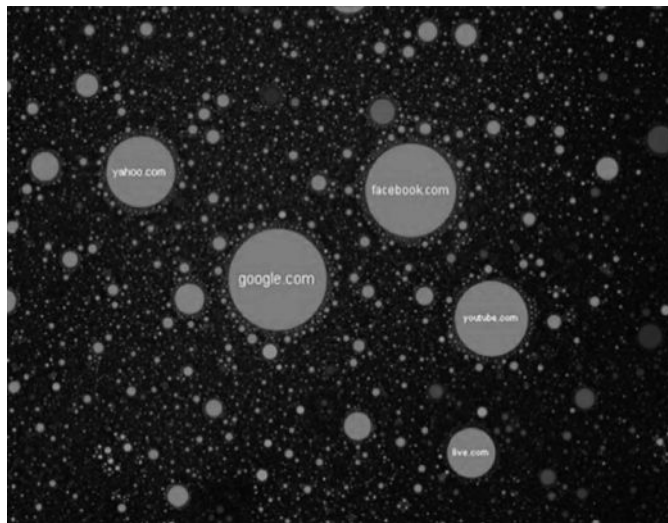
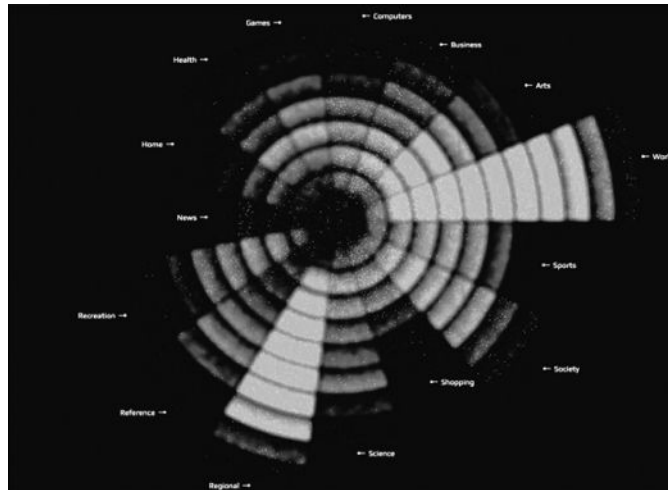
130. <https://submarine-cable-map-2015.telegeography.com/>.

Stellingen bij het preadvies over concepties van territorialiteit

1. Zoals de onderstaande kaarten illustreren, doet de regulering van cyberspace denken aan middeleeuwse structuren met overlappende jurisdicties. Voor de regulering van cyberspace moet derhalve de koppeling tussen staat, grondgebied en jurisdictie worden losgelaten.



2. Pogingen om het internet als een ‘vrije ruimte’ te duiden leiden juist tot een sterkere roep om staatsinterventies.



3. De opkomst van *erga omnes*-verplichtingen heeft de rol van de staat in het internationaal recht versterkt.
4. Het idee dat gebieden die toebehoren aan de mensheid als geheel een ‘vrije ruimte’ zouden zijn, past niet bij het hedendaagse volkenrecht.
5. De juridische problemen die zich voordoen in cyberspace laten zich maar zeer beperkt duiden in termen van het positieve volkenrecht. Cyberspace ‘ontsnapt’ in die zin voortdurend aan bestaande vormen van regulering.

Bibliografie

- Aalberts, Tanja en Gammeltoft-Hansen, Thomas, ‘Sovereignty at Sea: Law and Politics of Saving Lives on *Mare Liberum*’, 17 *Journal of International Relations and Development* (2014), 439-468
- Agnew, John, ‘The Territorial Trap: The Geographical Assumptions of International Relations Theory’, 1 *Review of International Political Economy* 53 (1994)
- Alkiviadou, Natalie, ‘Hate Speech on Social Media Networks: Towards a Regulatory Framework?’, 28 *Information & Communications Technology Law* 1 (2018)
- author, Guest, *The tales of Facebook’s jurisdiction: Nudes, Cookies and Schrems*, on ‘EDRI’, 24 February 2016, <https://edri.org/the-theses-of-facebooks-jurisdiction-nudes-cookies-and-schrems/>
- Bannelier-Christakis, Karine, ‘Cyber Diligence: A Low-Intensity Due Diligence Principle for Low-Intensity Cyber Operations?’, 14 *Baltic Yearbook of International Law Online* 23 (2015)
- Berman, Paul Schiff, ‘From International Law to Law and Globalization’, 43 *The Columbia Journal of Transnational Law* 485 (2005)
- Berman, Marshal, *All That is Solid Melts Into Air: The Experience of Modernity*, Penguin: 1988
- Boer, Lianne J.M., ‘“Spoofed Presence Does not Suffice”: On Territoriality in the Tallinn Manual’, in: *Netherlands Yearbook of International Law 2016: The Changing Nature of Territoriality in International Law*, Martin Kuijer and Wouter Werner (eds.), T.M.C. Asser Press: 2017, p. 131-145
- Branch, Jordan, *The Cartographic State: Maps, Territory and the Origins of Sovereignty*, Cambridge University Press: 2014
- Brock, Rita Nakashima en Parker, Rebecca Ann, *Saving Paradise: How Christianity Traded Love of This World for Crucifixion and Empire*, Beacon Press: 2008, p. 331

- Bull, Hedley, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press: 1977, p. 254
- Brunnée, Jutta, en Tamar Meshel, 'Teaching an Old Law New Tricks: International Environmental Law Lessons for Cyberspace Governance', 58 *German Yearbook of International Law* 129 (2015)
- Byassee, William S., 'Jurisdiction of Cyberspace: Applying Real World Precedent to the Virtual Community', 30 *Wake Forest Law Review* 197 (1995)
- Cohen, Julie E., 'Cyberspace as/and Space', 107 *Columbia Law Review* 210 (2007)
- Franzese, Patrick W., 'Sovereignty in Cyberspace: Can it Exist?', 64 *Air Force Law Review* 1 (2009)
- Conrad, Peter, *Modern Times and Modern Places: How Life and Art Were Transformed in a Century of Revolution, Innovation and Radical Change*, Knopf: 1999
- Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press: 2002
- Edson, Evelyn, 'The Medieval World View: Contemplating the Mappamundi', 8 *Historical Compass* 6 (2010)
- Friedrichs, Jörg, 'The Meaning of New medievalism', 7 *European Journal of International Relations* 4 (2001)
- Frowein, Jochen, *Obligations Erga Omnes*, Oxford Public International Law: 2008
- Green, James A., *Cyber Warfare: A Multidisciplinary Analysis*, Routledge: 2015
- Grotius, Hugo, *The Freedom of the Seas. Or the right which belongs to the Dutch to take part in the East Indian Trade*, Oxford University Press: 1916 [1609]
- Harvey, David, *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge MA: Blackwell: 1990
- Herrera, Geoffrey L., 'Cyberspace and Sovereignty: Thoughts on Physical Space and Digital Space', *1st International CISS/ETH Conference on The Information Revolution and the Changing Face of International Relations and Security*, Lucerne, Switzerland (2005)
- Hildebrandt, Mireille, 'Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace', 63 *The University of Toronto Law Journal* 196 (2013)
- International Law Commission, 'Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law', A/CN.4/L.682 (2006)
- — —, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 2 (1956)
- Johnson, David R., en David Post, 'Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace', 48 *Stanford Law Review* 1367 (1995)

- Kennedy, David, *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press: 2016
- Kolb, Robert, 'Reflections on Due Diligence Duties and Cyberspace', 58 *German Yearbook of International Law* 113 (2015)
- Koselleck, Reinhard, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp: 1989
- Koskenniemi, Martti, 'Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education', 1 *European Journal of Legal Studies* (2007)
- —, *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, Cambridge University Press: 2006
- Luhmann, Niklas, 'Die Weltgesellschaft', 1 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1971)
- Marx, Karl, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, 1864 (opnieuw uitgegeven door Diets Verlag: 1983)
- Nijman, Janne, *The Concept of International Legal Personality: an inquiry into the history and theory of international law*, T.M.C. Asser Press: 2004
- Papanicolopulu, Irini, The Duty to Rescue at Sea, in Peacetime and War: A General Overview, 98 *International Review of the Red Cross* 2 (2016)
- Pickles, John, 'Texts, Hermeneutics and Propaganda Maps', in: *The Map Reader*, John Wiley & Sons, Ltd: 2011, p. 400-406
- Post, David G., 'Governing Cyberspace: Law Symposium Review', 24 *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal* 883 (2007)
- Rosa, Hartmut, *Social Acceleration, A New Theory of Modernity*, Columbia University Press: 2015
- Ryngaert, Cedric, en Mark Zoetekouw, 'The End of Territory? The Re-Emergence of Community as a Principle of Jurisdictional Order in the Internet Era', in: *The Net and the Nation State: Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, Uta Kohl (ed.), Cambridge University Press: 2017, p. 185-201
- Sach, Robert David, *Human Territoriality: Its Theory and History*, Cambridge University Press: 1986
- Sassen, Saskia, *Territory, Authority Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press: 2006
- —, *The Global City. New York, London Tokyo*, Princeton University Press: 1991
- Sauter, Molly, 'Show Me on the Map Where They Hacked You: Cyberwar and the Geospatial Internet Doctrine', 47 *Case Western Reserve Journal of International Law* 63 (2015)
- Scafi, Alessandro, *Maps of Paradise: A History of Heaven and Earth*, University of Chicago Press: 2006
- Schmitt, Michael N., *CyCon 2012 | Michael Schmitt: Tallinn Manual Part I* (CyCon 2012 (I)), www.youtube.com/watch?v=wY3uEo-Itso (26 April 2016)

- – –, ‘In Defense of Due Diligence in Cyberspace’, 125 *Yale Law Journal Forum* 68 (2015)
- – – (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press: 2017
- – – (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press: 2013
- Schmitt, Carl, *The Nomos of the Earth in the International Law of the Jus Publicum Europeaeum*, Telos Press: 2003
- Strandsbjerg, Jeppe, ‘The Cartographic Constitution of Global Politics’, paper for the workshop ‘Constructions of Globality’ Danish Institute for International Studies, 17-18 June 2013
- Schultz, Thomas, ‘Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface’, 19 *European Journal of International Law* 799 (2008)
- Shackelford, Scott J., Scott Russell, and Andreas Kuehn, ‘Unpacking the International Law on Cybersecurity Due Diligence: Lessons from the Public and Private Sectors’, 17 *Chicago Journal of International Law* 1 (2016)
- Shklar, Judith N., *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics*, Harvard University Press: 1964
- Tsagourias, Nicholas, ‘The Legal Status of Cyberspace’, in: *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Nicholas Tsagourias and Russell Buchan (eds.), Edward Elgar Publishing, Inc.: 2015
- Vattel, Emer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, vol. 1, 1758
- Virilio, Paul, *Speed and Politics* MIT Press: 1977
- Vitoria, Franciscus de, *De Indis et de Iure Belli Relectiones*, Carnegie Institution of Washington: 1917[1539], deel III
- Von Martens, G.F., *révis du droit des gens modernes de l’Europe*, 1864 (opnieuw uitgebracht door Nabu Press: 2012)
- Werner, Wouter G., en Lianne J.M. Boer, ‘It Could Probably Just as Well be Otherwise’: Imageries of Cyberwar’, in: *Risk and the Regulation of Uncertainty in International Law*, Mónika Ambrus, Rosemary Rayfuse and Wouter Werner (eds.), Oxford University Press: 2017
- – –, ‘Regulating Speed’, in: *Handbook for the Sociology of International Law*, Andrew Lang & Moshe Hirsch, Edward Elgar (eds.), 2018 (forthcoming)
- Wet, Erika de, ‘Invoking obligations erga omnes in the twenty-first century’, 37 *South African Yearbook of International Law* (2013)
- Wolfers, Arnold, *Discord and Collaboration: Essays on International Politics*, Johns Hopkins University Press: 1962

Territorialiteit te boven – Klimaatverandering en mensenrechten

Karin Arts en Martijn Scheltema

1.	Inleiding	61
2.	Territorialiteit, jurisdictie en klimaatverandering	63
3.	Klimaatverandering en internationaal publiekrecht: De rol van staten	67
4.	Nationale klimaatrechtszaken	74
5.	Mensenrechten en klimaat: De rol van staten	81
6.	Klimaatverandering en mensenrechten: De rol van het bedrijfsleven	88
6.1	<i>De relevante wetgeving, standaarden en initiatieven voor mensenrechten en het bedrijfsleven in het algemeen</i>	90
6.2	<i>Zijn mensenrechtennormen ook van toepassing op klimaatmaatregelen door bedrijven?</i>	96
6.3	<i>De toegevoegde waarde van de toepasselijkheid van mensenrechtennormen</i>	99
6.4	<i>Effectiviteit van private en multistakeholderklimaatinitiatieven in het algemeen</i>	107
	<u>Duidelijke normen, kenbaarheid, doel en handhaafbaarheid</u>	108
	<u>Financiële aspecten en mededinging</u>	112
	<u>Governance</u>	114
	<u>Onderlinge samenhang criteria</u>	116
	<u>Wie stimuleert deelname?</u>	116
7.	Private en multistakeholder klimaatinitiatieven gewogen	117

8.	Conclusie	125
	Stellingen	127
	Literatuurlijst	128

1. Inleiding

De gevolgen van klimaatverandering worden steeds duidelijker en ingrijpender, en die ontwikkeling onderstreept de urgentie van het aanpakken van dit probleem. Toch zijn er nog veel te veel landen die onvoldoende maatregelen hebben genomen om klimaatverandering terug te dringen of tegen te gaan (mitigatie) of om voor aanpassing aan de gevolgen van klimaatverandering (adaptatie) zorg te dragen. Het recht zou in deze kwesties een belangrijke rol kunnen spelen, onder meer door middel van het specificeren van de verantwoordelijkheden en verplichtingen van verschillende actoren, het reguleren van de benodigde actie, en door het bieden van procedures om staten, personen en organisaties die schade lijden als gevolg van klimaatverandering in bepaalde gevallen daarvoor een vergoeding te bieden. Tegelijkertijd is het een feit dat de rechtsvorming op dit terrein traag is. Hoofdelementen van relevant internationaal recht zijn de totstandkoming van het Raamverdrag Klimaatverandering in 1992 (inwerkingtreding in 1994), het Kyoto Protocol in 1997 (inwerkingtreding in 2005) en het Akkoord van Parijs in december 2015 (inwerkingtreding in november 2016). Het Akkoord van Parijs heeft als doelstelling de opwarming van de aarde te beperken tot ruim onder de 2°C vergeleken met de pre-industriële situatie, en te streven naar een beperking tot 1,5°C.¹ In Nederland is er – naast het al jaren door de regering gevoerde klimaatbeleid – sinds november 2015 gewerkt aan het formuleren van een Klimaatwet die concrete algemene klimaatdoelstellingen voor de Nederlandse regering zal gaan vastleggen, en een beleidskader en beoordelingsmechanisme zal introduceren. In december 2018 is de Klimaatwet door de Tweede Kamer aangenomen en op het moment van schrijven was deze in behandeling bij de Eerste Kamer.²

Tegen deze achtergrond onderzoeken wij in dit preadvies in hoeverre alternatieve benaderingen van de klimaatproblematiek verdere rechtsvor-

1. Voor de teksten en gegevens van de genoemde verdragen, zie Verenigde Naties, 'Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General', sectie 'Environment', https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en (hierna UN Treaties).
2. Zie bijvoorbeeld: 'Voorstel van wet van de leden Klaver, Asscher, Beckerman, Jetten, Dik-Faber, Yesilgöz-Zegerius en Agnes Mulder houdende een kader voor het ontwikkelen van beleid gericht op onomkeerbaar en stapsgewijs terugdringen van de Nederlandse emissies van broeikasgassen teneinde wereldwijde opwarming van de aarde en de verandering van het klimaat te beperken (Klimaatwet)', Advies van de Afdeling Adviesgeving van de Raad van State en Reactie van de Initiatiefnemers, *Kamerstukken II* 2018/19, 34534, 11, 4 oktober 2018. De Tweede Kamer nam de Klimaatwet met 112 stemmen voor en 27 stemmen tegen aan. Voor details, zie www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?cfg=wetsvoorsteldetails&qry=wetsvoorstel%3A34534. Voor de stand van zaken in de Eerste Kamer, zie www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34534_initiatiefvoorstel_klaver.

ming en implementatie van relevante normen en maatregelen zouden kunnen bevorderen. Daarbij richten wij ons in het bijzonder op het potentieel van een mensenrechtenbenadering van de klimaatproblematiek, en op het nader invullen van de rol van het bedrijfsleven. Zo'n mensenrechtenbenadering is zowel gerechtvaardigd als nodig vanwege de negatieve effecten op de leefomstandigheden van mensen die klimaatverandering nu al heeft (en in de toekomst nog veel meer zal hebben), en de inperking van de ruimte voor het vervullen van mensenrechten die hierdoor al is, of in de toekomst nog zal, ontstaan. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan mensenrechten als het recht op leven, een adequate levensstandaard, gezondheid, voedsel, water, een goed en/of gezond milieu, en het recht op ontwikkeling. Maar ook zaken als het recht op onderwijs en de bescherming van kinderen en andere kwetsbare groepen tegen (seksueel) geweld, uitbuiting en mensenhandel kunnen in het geding komen door bepaalde gevolgen van klimaatverandering zoals overstromingen en natuurrampen. Vanuit die invalshoek, en onder meer ondersteund door breed geformuleerde algemene uitvoeringsverplichtingen die zijn vastgelegd in sommige internationale mensenrechtenverdragen, beargumenteren wij in dit preadvies dat mensenrechten (deels) een juridische grondslag zijn voor verplichte nadere wereldwijde klimaatmaatregelen voor overheden.

Naast de rol van overheden, in verband met de nu toe vooral gevolgde interstatelijke aanpak van klimaatverandering, richt dit preadvies zich ook expliciet op de rol van het bedrijfsleven. Daarbij is het onder meer nodig na te gaan in welke mate het bestaande recht ten aanzien van klimaat – en, in het licht van bovenstaande insteek op de mensenrechtenbenadering, ook het recht ten aanzien van de mensenrechten – van toepassing is op, of anderszins relevant is voor, de rol van bedrijven. Dit creëert vervolgens een mogelijke basis voor het engageren (en eventueel reguleren) van het bedrijfsleven.

Een structurele aanpak van klimaatverandering en de gevolgen daarvan vereisen bij uitstek een mondiale insteek. Dit geldt voor afspraken tussen staten over maatregelen die klimaatverandering moeten tegengaan (zoals in klimaatverdragen), maar ook voor het verduidelijken van de precieze verplichtingen en verantwoordelijkheden van staten, en voor het kader voor samenwerking tussen (internationaal opererende) ondernemingen op het terrein van duurzaamheid. Om deze reden zal ons preadvies zich vooral op het internationale recht en internationale ontwikkelingen richten, en niet op wat er op dit terrein specifiek in Nederland speelt. In drie korte secties schetsen wij eerst, respectievelijk, de relevantie van de klimaatproblematiek in verband met het overkoepelende NJV-thema 'de actualiteit van territorialiteit en jurisdictie', de huidige stand van zaken in het internationaal publiekrecht inzake klimaat, en de groeiende wereldwijde trend van door burgers en maatschappelijke organisaties aangespannen klimaat-

rechtszaken. Die schets onderbouwt de positie dat de tot nu toe gevolgde internationaal juridische aanpak van de klimaatproblematiek ontoereikend is en leidt vervolgens tot de vraag of een mensenrechtenbenadering en meer nadruk op de rol van het bedrijfsleven zinvolle alternatieven zouden kunnen zijn.

2. Territorialiteit, jurisdictie en klimaatverandering

Het *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) van de Verenigde Naties (VN), mede-winnaar van de Nobelprijs voor de Vrede in 2007, heeft door de jaren heen een stortvloed aan data over klimaatverandering bij elkaar gebracht en geanalyseerd.³ In oktober 2018 heeft het IPCC wederom vastgesteld dat “[m]enselijke invloed op het klimaat de dominante oorzaak is geweest van de waargenomen opwarming sinds het midden van de 20ste eeuw”.⁴ Ook constateerde het toen dat, in de periode 2006-2015, vergeleken met het pre-industriële tijdperk en afhankelijk van de gebruikte temperatuur dataset, 20 tot 40% van de wereldbevolking al in tenminste één seizoen een opwarming van 1.5°C (dat wil zeggen de streefwaarde van het Akkoord van Parijs) ervaren heeft.⁵ Dit gegeven onderstreept dat klimaatverandering geenszins alleen een probleem is van de toekomst en voor toekomstige generaties, maar al in ernstige mate een realiteit is in het heden. Volgens het IPCC zijn de gevolgen al duidelijk te zien:

“Tot op heden heeft temperatuurstijging al geleid tot ingrijpende veranderingen in menselijke en natuurlijke systemen, waaronder een toename van droogtes, overstromingen en enkele andere vormen van extreem weer; zeespiegelstijging; en verlies van biodiversiteit – deze veranderingen veroorzaken ongekende risico’s voor kwetsbare

3. Het IPCC werd in 1988 opgericht door het VN-milieuprogramma (UNEP) en de Wereld Meteorologische Organisatie (WMO) zoals goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de VN (AVVN). De algemene taak van het IPCC is het leveren van “internationaal gecoördineerde wetenschappelijke beoordelingen van de omvang, timing en de potentiële milieu- en socio-economische impact van klimaatverandering en realistische responsstrategieën” [vertaling auteurs]. Zie AVVN, ‘Protection of global climate for present and future generations of mankind’, UN doc. A/RES/43/53, 6 December 1988, para. 5. Sinds 1988 heeft het IPCC vijf beoordelingsrondes gedaan en vijf ‘Assessment Reports’ gepubliceerd die door velen gezien worden als gezaghebbende en de meest veelomvattende wereldwijde wetenschappelijke rapporten over klimaatverandering. Voor nadere informatie zie www.ipcc.ch/.
4. IPCC, *Global Warming of 1.5°C: An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, October 2018, p. 53 [vertaling auteurs], www.ipcc.ch/sr15/.
5. Ibid.

personen en populaties (...). De meest getroffen mensen leven in lage- en middeninkomenslanden, waarvan sommige een daling van de voedselzekerheid hebben ervaren, die op zijn beurt gedeeltelijk verband houdt met toenemende migratie en armoede (...). Kleine eilanden, megasteden, kustgebieden en hoge bergketens behoren eveneens tot de meest getroffen gebieden (...). Wereldwijd lopen talloze ecosystemen risico op ernstige gevolgen, in het bijzonder warm water tropische riffen en Arctische ecosystemen (...).⁶

Bovenstaande hangt nauw samen met het overkoepelende NJV-thema ‘de actualiteit van territorialiteit en jurisdictie’ en de vraag of het huidige recht wel voldoende is toegerust om een effectieve rol te spelen bij de aanpak van de huidige mondiale grensoverschrijdende maatschappelijke uitdagingen zoals die zich onder meer voordoen in de sferen van cyberspace, migratie en klimaat. Een belangrijk kenmerk van het klimaat is dat het van ons allen is, maar ook van niemand in de zin dat er geen autoriteit bestaat die wereldwijd de bevoegdheid heeft om klimaatmaatregelen op te leggen aan overheden of private actoren. Er is sprake van een *global common* en een gemeenschappelijke zorg voor de mensheid (*common concern of humankind*).⁷ Dit zou aanleiding moeten vormen om het klimaat effectiever te reguleren zodat er in de nabije toekomst voldoende maatregelen genomen zullen worden om ten minste de 2°C- (en bij voorkeur de 1,5°C-) doelstelling uit het Akkoord van Parijs te halen, en actoren er niet meer voor kunnen kiezen om al genomen maatregelen weer terug te draaien.

De *global common*-aard van het klimaat, en onder meer het feit dat er geen duidelijk verband aan te brengen valt tussen de plaats waar handelingen verricht worden die klimaatverandering veroorzaken of versterken en de plaats waar schade als gevolg van klimaatverandering zich voordoet, maken het lastig de problematiek aan te pakken binnen het kader van het klassieke internationale recht. Dat is immers sterk gebaseerd op individuele territoriale staten als de centrale actoren in, en de makers, hoeders en afdwingers van dat recht. Territoriale soevereiniteit en noties van territoriale jurisdictie vormen de kern van het huidige internationale rechtssysteem (voor bepaalde kwesties aangevuld met persoonlijke en extraterritoriale jurisdictie).⁸ Klimaatverandering werpt ook nieuwe feite-

6. Ibid. [vertaling auteurs; oorspronkelijke bronverwijzingen weggelaten].

7. S. Ranganathan, ‘Global Commons’, *European Journal of International Law*, vol. 27, nr. 3, p. 693-717. De preambules van zowel het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake Klimaatverandering (UNFCCC, 1992) als van het Akkoord van Parijs (2015) gebruiken de term “common concern of humankind”.

8. S. Besson, ‘Sovereignty’, in: R. Wolfrum et al., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015, section A(2), <http://opil.ouplaw.com/home/epil>; C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008, chapter 3 ‘The Territoriality Principle’; C. Blanchard, ‘Evolution or Revolution? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the

lijke en juridische vragen op die niet bevredigend kunnen worden beantwoord op basis van het klassieke territorialiteitsdenken. Wellicht het meest extreme voorbeeld van zo'n vraag is hoe om te gaan met het volledig verdwijnen van het grondgebied van bepaalde staten vanwege de stijging van de zeespiegel. Dit is nu al een reëel vooruitzicht voor bijvoorbeeld kleine eilandstaten in de Stille Zuidzee zoals Kiribati, een land met 100.000 inwoners dat naar verwachting in 2050 onbewoonbaar zal zijn.⁹ Een ander terrein voor nieuwe vragen is de klimaatgerelateerde migratieproblematiek, inclusief eventuele 'klimaatvluchtelingen'.¹⁰ Hoewel niemand precies weet op welke schaal die zich in de toekomst zal gaan voordoen, lijkt het onvermijdelijk dat dit op veel grotere schaal zal gaan spelen dan momenteel het geval is. Een veel genoemd cijfer in dit verband is dat van 200 miljoen klimaatmigranten in 2050. Dat aantal zou betekenen dat in 2050 zo'n 1 op de 45 mensen ontheemd zal zijn als gevolg van

Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise', *Canadian Yearbook of International Law* 2015, vol. 53, Cambridge University Press, 2016, p. 66-118; Elaine Fahey, *Introduction to Law and Global Governance*, Cheltenham: Edward Elgar, 2018, chapter 5 'Borders, Spaces and Territory: Regulatory Authority Beyond the Borders of the Nation State'.

9. Y. Sukeyasu, *Oh! My Motherland Is Sinking Into the Sea: A Message From the Republic of Kiribati*, Associazione Casa Cantico delle Creature, Palazzo di Assisi, 1998; L. Merone and P. Tait, "'Climate Refugees': Is it Time to Legally Acknowledge Those Displaced by Climate Disruption?", *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, vol. 42, nr. 6, 2018, p. 508-509; K. Angell, 'New Territorial Rights for Sinking Island States', *European Journal of Political Theory*, online first 16 November 2017, p. 1-21; Blanchard, loc. cit. n. 8, p. 69-71; S. Willcox, 'Climate Change Inundation, Self-Determination, and the Atoll Island States', *Human Rights Quarterly*, vol. 36, nr. 4, p. 1022-1037.
10. Hoewel de term 'klimaatvluchteling' al redelijk vaak gebruikt wordt is die strikt internationaal juridisch genomen niet correct. Volgens artikel 1 van het VN-Vluchtelingenverdrag uit 1951 is een vluchteling immers iemand met "gegronde vrees voor vervolging wegens zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging". In regionaal verband is men hier en daar op andere gronden al tot een wat bredere definitie van de term vluchteling gekomen, zoals in Centraal Amerika en Afrika. Zo stelt artikel 1(2) van de Afrikaanse Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa uit 1969 bijvoorbeeld dat, naast bovenstaande definitie, de term vluchteling ook van toepassing is op elke person die "owing to external aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nationality". Fenomenen als klimaatverandering of natuurrampen brengen geen gegronde vrees voor vervolging in de zin van het vluchtelingenrecht met zich mee, en ook bovengenoemde bredere opvatting past de klimaatproblematiek nauwelijks. Het enige aanknopingspunt zou wellicht liggen in de grond "events seriously disturbing public order". Onder deze omstandigheden kan klimaatverandering tot nu toe formeel juridisch dus geen vluchtelingen genereren en zouden oplossingen 'slechts' binnen het migratierecht gevonden kunnen worden.

klimaatverandering.¹¹ Volgens een verslag van een door de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen (UNHCR) in 2011 georganiseerde bijeenkomst van experts werd migratie (inclusief preventieve migratie) destijds al op brede schaal erkend als “een rationele adaptatiestrategie voor processen van klimaatverandering” en verdiende zo’n strategie ondersteuning.¹² Hoe dan ook, een oplossing, bijvoorbeeld in de vorm van het erkennen van klimaatverandering als een reden voor beschermde migratie, en/of in de vorm van geplande migratieprogramma’s, kan het best gevonden worden in het kader van gecoördineerde mondiale besluiten en maatregelen.¹³

Aangezien zowel het klimaat als zodanig als de klimaatveranderingsproblematiek in haar oorzaken, effecten en mogelijke oplossingen individueel territorium overstijgen, is gezamenlijk internationaal optreden absoluut noodzakelijk. Zoals John Agnew mede naar aanleiding van de mondiale milieuproblemen in 2005 al schreef: “effective sovereignty is not necessarily predicated on and defined by the strict and fixed territorial boundaries of individual states”.¹⁴ Deze gedachte leidt sommigen ook naar denken over mogelijke alternatieven voor de territoriale staat zoals netwerksystemen van politieke autoriteit¹⁵ of de “gedeterritorialiseerde” staat die, hoewel zonder grondgebied, toch haar bevolking vertegenwoordigt, rechten en plichten heeft onder het internationale recht en de middelen van de staat beheert.¹⁶ Zo’n gedeterritorialiseerde staat zou kunnen functioneren naar analogie van internationale organisaties zoals de Europese Unie, die immers ook geen staat met een grondgebied is maar wel bepaalde rechten en plichten heeft in het internationale rechtsverkeer.¹⁷ Alexander

11. O. Brown, *Migration and Climate Change*, International Organization for Migration, Geneva, 2008, p. 11-12. Zie ook K. Ober, ‘How the IPCC Views Migration: An Assessment of Migration in the IPCC AR5 WGII Report’, *TransRe Fact Sheet*, issue nr. 1, University of Bonn: Department of Geography, November 2014; Robert McLeman, ‘Developments in Modelling of Climate Change-Related Migration’, *Climate Change*, vol. 117, nr. 3, p. 599-611; en Walter Kälin en Nina Schrepfer, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change: Normative Gaps and Possible Approaches*, United Nations High Commissioner for Refugees, Legal and Protection Policy Research Series, Geneva: UNHCR, 2012, p. 11-13.
12. Zie United Nations High Commissioner for Refugees, ‘Summary of Deliberations on Climate Change and Displacement’, April 2011, www.unhcr.org/4da2b5e19.pdf, pp. 2 en 9 [vertaling auteurs], genoemd in Willcox, loc. cit. n. 9, p. 1023; en Kälin en Schrepfer, *ibid.*, p. 60-61.
13. Merone and Tait, loc. cit. n. 9, p. 509. Sinds 2015 heeft de Internationale Organisatie voor Migratie (IOM) een Migration, Environment and Climate Change Divisie www.iom.int/migration-and-climate-change.
14. Originele tekst cursief. J. Agnew, ‘Sovereignty Regimes: Territoriality and State Authority in Contemporary World Politics’, *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 95, nr. 2, 2005, p. 437-461 op 438.
15. *Ibid.*, p. 442.
16. Blanchard, loc. cit. n. 8, p. 97-102. Oorspronkelijke terminologie: “deterritorialized state”.
17. *Ibid.*, p. 98.

en Simon concludeerden echter dat een gedeterritorialiseerde staat geen nationaliteit kan verlenen aan burgers omdat zij geen controle kan uitoefenen over bewoonbaar grondgebied, en dus niet kan voldoen aan internationale terugnameverplichtingen van haar burgers.¹⁸

Aan de andere kant is het eveneens duidelijk dat krachtig nationaal optreden nodig blijft om gemaakte internationale afspraken uit te voeren, om aan individuele verplichtingen te voldoen en adequaat om te gaan met de nationale en lokale gevolgen van klimaatverandering.¹⁹ Territorialiteit blijft dus zeker ook van belang. Zoals Blanchard aangaf:

niet alleen als een van de kenmerken van staten zelf en als een basis waarop staten organisatie en stabiliteit bereiken, maar ook voor de rol die het speelt bij het definiëren van de reikwijdte van “verschillende andere beginselen en regels van het internationale recht”. (...) Bijvoorbeeld, het verbod op het dreigen met of het gebruik van geweld “tegen de territoriale integriteit (...) van een staat” (...) is uitdrukkelijk gekoppeld aan het grondgebied van die staat. (...) Evenzo is de rechtsmacht van de staat, hoewel die in sommige gevallen buiten het grondgebied van een staat van toepassing is (bijvoorbeeld via de nationaliteits- of passieve persoonlijkheidsbeginselen) via het territorialiteitsbeginsel nog steeds sterk geworteld in het grondgebied van een staat.²⁰

Tegen de achtergrond van bovenstaande gedachten met betrekking tot territorialiteit en jurisdictie presenteren wij in de volgende sectie van dit proefschrift kort wat interstatelijk overleg over het klimaat tot nu heeft opgeleverd voor de vorming van mondiaal klimaatrecht.

3. Klimaatverandering en internationaal publiekrecht: De rol van staten

Statelijke actoren hebben een zeer belangrijke rol bij het klimaatvraagstuk. Omdat er sprake is van een grensoverschrijdend probleem, is overeenstemming tussen staten noodzakelijk voor het nemen van maatregelen. Op

18. H. Alexander and J. Simon, ‘No Port, No Passport: Why Submerged States Can Have No Nationals’, *Washington International Law Journal*, vol. 26, nr. 2, April 2017, p. 307-322.

19. M. Kuijer en W. Werner, ‘The Paradoxical Place of Territory in International Law’, *Netherlands Yearbook of International Law*, 2016, p. 3-17; A.P. Kythreotis, ‘Progress in Global Climate Change Politics? Reasserting National State Territoriality in a ‘Post-Colonial’ World’, *Progress in Human Geography*, vol. 46, nr. 4, p. 457-474, op 467.

20. Blanchard, loc. cit. n. 8, p. 74 [vertaling auteurs; oorspronkelijke bronverwijzingen weggelaten].

dit moment is er echter nauwelijks overeenstemming onder staten over de wijze waarop (en hoe snel) klimaatverandering moet worden aangepakt. Als gevolg hiervan ontwikkelen statelijke normen op dit terrein zich zeer traag. Een ander probleem is dat activiteiten op het terrein van economische ontwikkeling nog te veel gebaseerd zijn op onbeprijsd gebruik van natuurlijke hulpbronnen en de kosten van (de gevolgen van) klimaatverandering en andere milieuschade niet of nauwelijks worden geprijsd. Dit maakt het lastiger dan nodig om concrete klimaatmaatregelen te rechtvaardigen en te stimuleren, en om zowel de omvang van de problematiek als de verdeling van verantwoordelijkheden inzichtelijk te maken. Zoals wij al eerder aangaven, wordt het klimaat vooral gezien als een *global common* waarvoor op dit moment geen statelijke entiteit de totale verantwoordelijkheid heeft. Daarnaast komen de gevolgen van voor het klimaat nadelige handelingen ook niet (steeds) terecht bij degenen die de handelingen uitvoeren of die daarvan het meest profiteren. Integendeel: de gevolgen van klimaatverandering treffen bij uitstek meer kwetsbare groepen die door de bank genomen weinig bijdragen aan klimaatverandering. Degenen die de klimaatverandering veroorzaken ervaren daarom tot op heden weinig prikkels om hun handelen aan te passen. Herverdelingsvraagstukken, zowel op mondiale schaal als binnen landen, staan nog vaak in de weg aan daadkrachtigere actie. Dit is een enorme uitdaging voor het komen tot internationale afspraken over het beheersen van klimaatverandering.

De ontwikkeling van het internationale milieurecht heeft een aantal vroege ankers in milieuverdragen uit de 19^e eeuw en de eerste helft van de twintigste eeuw, en in sporadische internationale arbitrale uitspraken en andere jurisprudentie in die periodes. De rechtsvorming op dit terrein werd echter pas algemener en systematischer opgepakt vanaf de jaren 70. De eerste benaderingen en rechtsbeginselen die in dit proces ontwikkeld werden hadden een sterk territoriale insteek. Een belangrijk concreet voorbeeld daarvan is het zogenaamde *no harm*-beginsel, ook wel bekend als *sic utere tuo ut alienum non laedas*, zoals bijvoorbeeld geformuleerd in de Trail Smelter arbitrage. Die arbitrage betrof een geschil over grensoverschrijdende milieuvervuiling veroorzaakt door de uitstoot van giftige dampen door de in Canada gevestigde Trail Smelter, die onder meer schade aanrichtten in de Verenigde Staten (aan landbouwgewassen, vee, hout en gebouwen in de staat Washington). In 1931 stelde een internationale gezamenlijke commissie de tot dan toe geleden schade vast op een bedrag van \$ 350.000,-.²¹ In 1941 bepaalden de arbiters in de zaak dat:

no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein when

21. Trail Smelter (Canada v. USA), *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA) III, p. 1905-1982, op p. 1918. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.

the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.²²

Gaandeweg werd deze gedachtenlijn verdiept en ook verbreed naar gebieden buiten de nationale jurisdictie. Zo bepaalde het Verdrag inzake de Volle Zee van 1958 dat staten verontreiniging van die zee dienden te voorkomen²³ en refereerde het *Outer Space Treaty* van 1967 aan maatregelen ter voorkoming van schade aan de Kosmische Ruimte.²⁴ Dit soort ontwikkelingen baanden de weg voor de Stockholm Verklaring die in 1972 aangenomen werd door de VN-Conferentie inzake het Leefmilieu.²⁵ De Stockholm Verklaring benoemde de rol van de verschillende relevante actoren heel helder, als volgt:

“To achieve this environmental goal will demand the acceptance of responsibility by citizens and communities and by enterprises and institutions at every level, all sharing equitably in common efforts. Individuals in all walks of life as well as organizations in many fields, by their values and the sum of their actions, will shape the world environment of the future. Local and national governments will bear the greatest burden for large-scale environmental policy and action within their jurisdictions. International co-operation is also needed in order to raise resources to support the developing countries in carrying out their responsibilities in this field.”²⁶

De Stockholm Verklaring bevatte (in Beginsel 21) ook een geëvolueerde versie van de hier boven aangehaalde Trail Smelter positie, die niet langer territoir als uitgangspunt nam voor de handelingsbevoegdheid van staten en voor de verplichting milieuschade aan andere staten te voorkomen. Tevens werd milieuschade aan gebieden buiten de nationale jurisdictie van staten expliciet vermeld:

“States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that *activities within their jurisdiction or control* do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.”²⁷

22. Ibid., p. 1965. Cursivering toegevoegd door auteurs.

23. Verdrag inzake de Volle Zee, Genève, 29 april 1958, art. 24.

24. Verdrag inzake de Beginselen Waaraan de Activiteiten van Staten zijn Onderworpen bij het Onderzoek en Gebruik van de Kosmische Ruimte, met inbegrip van de Maan en andere Hemellichamen, Londen/Moskou/Washington, 27 januari 1967, Art. IX.

25. ‘Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment’, Stockholm, 16 June 1972, *UN Doc. A/CONF.48/14/rev. 1*, p. 3-5, cursivering toegevoegd door auteurs.

26. Preamble para. 7, *ibid.*, p. 3-4.

27. Ibid., p. 5.

In het licht van de bewijsproblematiek ten aanzien van klimaatverandering is het tevens van belang op te merken dat, waar Trail Smelter “ernstige consequenties” eiste, oftewel alleen ernstige milieuschade uitsloot, en duidelijk en overtuigend bewijs daarvan vroeg, Beginsel 21 het begrip schade niet verder uitwerkte en de Stockholm Verklaring bovendien niet repte over bewijs van schade.²⁸

In 1992 vond de VN-Conferentie inzake Milieu en Ontwikkeling plaats in Rio de Janeiro. Twintig jaar na dato herhaalde de Rio Verklaring letterlijk Beginsel 21 uit de Stockholm Verklaring. De enige wijziging die er in werd aangebracht was de toevoeging van het soevereine recht om, naast eigen milieubeleid, ook eigen ontwikkelingsbeleid te voeren.²⁹ De Rio Verklaring voerde ook het voorzorgsbeginsel (precautionary principle) op en, de notie van “gezamenlijke, doch verschillende, verantwoordelijkheden” (*common but differentiated responsibilities* oftewel CDBR).³⁰

In 1992 kwam het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake Klimaatverandering (hierna VN-Klimaatverdrag) tot stand.³¹ Dit eerste exclusief op klimaatgerichte bindende mondiale instrument heeft volgens artikel 2 als (collectief) doel:

“de concentraties van broeikasgassen in de atmosfeer [te stabiliseren] op een niveau waarop gevaarlijke antropogene verstoring van het klimaatsysteem wordt voorkomen. Dit niveau dient te worden bereikt binnen een tijdsbestek dat toereikend is om ecosystemen in staat te stellen zich op natuurlijke wijze aan te passen aan klimaatverandering, te verzekeren dat de voedselproductie niet in gevaar komt en de economische ontwikkeling op duurzame wijze te doen voortgaan”.

28. Dit zou te maken kunnen hebben met het feit dat de Stockholm Verklaring vooral inhoudelijke principes en concrete milieumaatregelen wilde benadrukken en niet zo zeer schadevergoeding ter reparatie van al gedane schade. Hier ligt een parallel met de Urgenda-zaak waarin het Hof Den Haag het beroep van de Staat op het ontbreken van causaal effect verwierp omdat het geding ging “om een vordering tot het geven van een bevel en niet tot schadevergoeding, zodat causaliteit maar een beperkte rol speelt. Voor het geven van een bevel is voldoende (kort samengevat) dat er een reële dreiging is van gevaar waartegen maatregelen moeten worden getroffen” en dat is “zonder meer aannemelijk”. Hof Den Haag, 9 oktober 2018, ECLI:NLGHDHA:2018:2591 (*Urgenda*), r.o. 64 en 37.
29. UN General Assembly, ‘Report of the United Nations Conference on Environment and Development’, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 August 1992. Beginsel 2 verwijst naar “the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies” [cursivering toegevoegd door auteurs] in plaats van alleen naar “environmental policies” zoals Beginsel 21 uit de Stockholm Verklaring deed.
30. Ibid., Beginselen 7 en 15.
31. Het VN-Klimaatverdrag werd aangenomen op 9 mei 1992 en is op 21 maart 1994 van kracht geworden. Op 15 januari 2019 waren 197 staten partij bij het Verdrag. Zie UN Treaties, loc. cit. n. 1. Een Nederlandse vertaling van dit verdrag is beschikbaar via https://wetten.overheid.nl/BWBV0001115/2013-01-09#Verdrag_1.

Dit dient te gebeuren ten behoeve van zowel huidige als toekomstige generaties en op basis van beginselen van billijkheid en “gezamenlijke, doch verschillende, verantwoordelijkheden en onderscheiden mogelijkheden”.³² Ontwikkelde landen “dienen derhalve het voortouw te nemen bij de bestrijding van klimaatverandering en de nadelige gevolgen daarvan”.³³ Alle partijen moeten “voorzorgsmaatregelen (...) nemen om te anticiperen op de oorzaken van klimaatverandering, dan wel deze te voorkomen of in te perken, en de nadelige gevolgen daarvan te beperken”, ook als er nog geen volledige wetenschappelijk zekerheid is over de precieze aard en omvang van het fenomeen.³⁴ Het VN-Klimaatverdrag bevat alleen zeer algemeen geformuleerde individuele verplichtingen die moeten leiden tot een stabilisatie of reductie van de emissie van broeikasgassen.³⁵ Het betreft onder meer verplichtingen tot:

- het opstellen, periodiek bijwerken en openbaar maken van nationale inventarislijsten “van antropogene emissies per bron en verwijderingen per put van (...) broeikasgassen”;
- het opstellen, uitvoeren, openbaar maken, en regelmatig bijwerken van nationale en eventuele regionale programma’s ter mitigatie van en adaptatie aan klimaatverandering;
- het bevorderen van en samenwerken bij “de ontwikkeling, toepassing en verspreiding, waaronder overdracht, van [relevante] technologieën”, onderzoek en informatie-uitwisseling;
- het rekening houden “met aspecten van klimaatverandering in hun desbetreffende beleid en optreden op sociaal en economisch gebied en ten aanzien van het milieu”;
- en het gebruik maken van milieueffectrapportages.³⁶

Grosso modo dienen ontwikkelde landen hun “antropogene emissies van broeikasgassen te beperken en putten en reservoirs voor broeikasgassen te beschermen en uit te breiden” en daarover periodiek te rapporteren aan de Conferentie van de Partijen.³⁷ Bovendien worden zij geacht “nieuwe en

32. Ibid., art. 3(1). De cursieve tekst geeft het aspect aan dat het VN-Klimaatverdrag aan de formulering van CBDR in de Rio Verklaring toevoegde.

33. Ibid., artikel 3(1) en (2).

34. Ibid., artikel 3(3). Dit voorzorgsbeginsel uit het VN-Klimaatverdrag is ook aangehaald in de Urgenda-zaak, loc. cit. n. 28, r.o. 63 en 73 waarin het hof refereerde aan de Tătar-zaak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (European Court of Human Rights, Chamber Judgement Tătar v. Romania, 27 January 2009, application nr. 67021/01).

35. Dit betreft CO₂, CH₄, N₂O, fluorkoolwaterstoffen, perfluorkoolwaterstoffen en zwavelhexafluoride. Zie P.J. Sands and I. Millar, ‘Climate, International Protection’, in R. Wolfrum et al. (eds), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/home/epil>, last updated January 2011.

36. Ibid., artikel 4(1)a, b, c, f, g, en h.

37. Ibid., artikel 4(2).

aanvullende financiële middelen ter beschikking” te stellen ter ondersteuning van broeikasgasmaatregelen door ontwikkelingslanden.³⁸

In 1997 werd het regime van het VN-Klimaatverdrag in het Kyoto Protocol nader ingevuld met hardere targets en tijdspaden. De inzet van dat Protocol was om, in de periode 2008-2012, de emissies van broeikasgas met ten minste 5% te reduceren ten opzichte van de niveaus van 1990.³⁹ Destijds kwam dit neer op een reductie van naar schatting 30%.⁴⁰ Bijlage B bevatte een lijst met landspecifieke “gekwantificeerde verplichtingen inzake emissiebeperking of -reductie”. Ook werden voor het eerst de mogelijkheden tot emissiehandel en gezamenlijke nakoming van de Kyoto-verplichtingen (joint implementation) vastgelegd, en werd een “mechanisme voor schone ontwikkeling” (Clean Development Mechanism) opgericht.⁴¹ Hoewel het Kyoto Protocol concretere nationale verplichtingen vastlegde dan het VN-Klimaatverdrag zelf was dit nog steeds verre van toereikend om de klimaatproblematiek effectief aan te pakken.

Sindsdien zijn er moeizaam verschillende verdere verfijningen aangebracht. De eerste echte volgende mijlpaal in de ontwikkeling van het internationale klimaatrecht was het Akkoord van Parijs in december 2015.⁴² Dat akkoord beoogt de doestelling en de uitvoering van het VN-Klimaatverdrag te verbeteren, en “de wereldwijde reactie op de dreiging van klimaatverandering te versterken in de context van duurzame ontwikkeling en inspanningen om armoede uit te bannen”.⁴³ Een belangrijke verdienste van het Akkoord van Parijs is dat het voor het eerst een algemene temperatuurgrens vastlegt. Het doel daarvan is “de stijging van de wereldwijde gemiddelde temperatuur ruim onder 2 °C te houden ten opzichte van het pre- industriële niveau en ernaar te blijven streven de stijging te beperken tot 1,5 °C”.⁴⁴ Ook werd overeengekomen dat de partijen bij het akkoord “nationaal bepaalde bijdragen aan het wereldwijde antwoord op klimaatverandering”⁴⁵ dienen vast te stellen en te leveren. Nationale mitigerende maatregelen en een “zo hoog mogelijk ambitieniveau” zijn daarbij vereist.⁴⁶ De nationaal bepaalde bijdragen dienen periodiek (elke 5 jaar) opnieuw mede gedeeld te worden en zich progres-

38. Ibid., artikel 4(3), 4) en (5).

39. Artikel 3(1). Het Kyoto Protocol werd aangenomen op 11 december 1997 en werd op 16 februari 2005 van kracht. Op 15 januari 2019 waren 192 staten partij bij het Protocol. Zie UN Treaties, loc. cit. n. 1.

40. Sands and Millar, loc. cit. n. 24, para. 26.

41. Kyoto Protocol art. 17, 3 en 4, 12.

42. Akkoord van Parijs, overeengekomen op 12 december 2015 en van kracht geworden op 4 november 2016. Op 15 januari 2018 had dit verdrag 184 partijen. UN Treaties, loc. cit. n. 1.

43. Ibid., art. 2(1).

44. Ibid., art. 2(1)(a).

45. Ibid., art. 3 en 4(2).

46. Ibid., art. 4(2) en (3).

sief te ontwikkelen.⁴⁷ Ontwikkelde landen hebben zwaardere verplichtingen onder het Akkoord van Parijs dan ontwikkelingslanden, onder meer in het licht van het in het akkoord aangelegde verband “tussen maatregelen en optreden naar aanleiding van klimaatverandering en de gevolgen ervan enerzijds en de billijke toegang tot duurzame ontwikkeling en uitbanning van armoede anderzijds”, het billijkheidsprincipe in bredere zin en het begrip “klimaatrechtvaardigheid”.⁴⁸ Artikel 7 van het Akkoord van Parijs gaat relatief uitgebreid in op adaptatiemaatregelen. Artikel 9 stelt de financiering van mitigatie, adaptatie en eventuele andere maatregelen aan de orde. De ontwikkeling en overdracht van technologie, en capaciteitsopbouw worden in de artikelen 10 en 11 behandeld. Hoewel het akkoord als zodanig zeker belangrijke nieuwe stappen heeft gezet, staat de keuze voor het ‘bottom-up’-systeem van individuele volledig door staten zelf bepaalde nationaal bepaalde bijdragen nog steeds verre van garant voor werkelijk daadkrachtige klimaatactie. De Nederlandse Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking formuleerde dit als volgt:

“Het Klimaatakkoord van Parijs is een goede stap in de juiste richting, maar een verdere aanscherping van de afspraken is nodig om de opwarming van de aarde te beperken tot minder dan twee graden Celsius. Implementatie van de afspraken vereist een wereldwijde transformatie naar een koolstofarme en klimaatbestendige ontwikkeling, zowel in ontwikkelingslanden als ontwikkelde landen. De publieke en de private sector zullen hierbij elk hun rol moeten spelen. Op dit moment staat de wereld nog aan het begin van hetgeen noodzakelijk is.”⁴⁹

De klimaatop in Katowice van december 2018 is er niet in geslaagd de hoge verwachtingen voor het verder opschroeven van het ambitieniveau van het mondiale klimaatregime waar te maken.

Ten slotte is het vermeldenswaardig dat ook Agenda 2030, de meest recente consensus over de mondiale duurzame ontwikkelingsagenda (aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in september 2015), prominent aandacht besteedt aan klimaatverandering. Hoewel Agenda 2030, inclusief de Duurzame Ontwikkelingsdoelen (SDGs), op zichzelf geen juridisch bindende kracht heeft, is er veel

47. Ibid., art. 4(2), (3) en (9).

48. Ibid., preamule para. 8, 10 en 13, en ibid., art. 4.

49. Zie de zogenaamde coherentiebrief van de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking, Kamerbrief over herziening actieplan en jaarrapportage beleidscoherentie ontwikkeling, Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 33 625, nr. 265, 13 juli 2018, p. 6. Marcel Brus suggereerde de kwalificatie “*soft hard law*” voor het Akkoord van Parijs, oftewel “[z]achte verplichtingen in een hard jasje”. Zie M. Brus, ‘Het Klimaatakkoord van Parijs: Bouwen aan Wereldrecht of Bewijs van Falende Internationale Samenwerking?’, *Ars Aequi*, jrg. 65, afl. 9, september 2016, p. 615-623, op p. 622.

politiek en ook maatschappelijk momentum rondom haar inhoud en dat maakt haar een potentieel krachtig instrument. Zowel vele regeringen, als bedrijven, als maatschappelijke organisaties zetten zich momenteel in voor het uitvoeren van Agenda 2030. Klimaatverandering wordt in Agenda 2030 benoemd als “één van de grootste uitdagingen van onze tijd”. De negatieve gevolgen van klimaatverandering worden erin gezien als “ondermijnend voor het vermogen van alle landen om duurzame ontwikkeling te bereiken”. Duurzaam Ontwikkelingsdoel 13 is volledig gewijd aan “urgente actie om klimaatverandering en haar gevolgen te bestrijden”.⁵⁰

4. Nationale klimaatrechtszaken

Op dit moment wordt de vraag of en in hoeverre door staten (en in mindere mate bedrijven) maatregelen moeten worden genomen om klimaatverandering tegen te gaan veelal nog gezien als een politieke of beleidskwestie omdat, zoals hiervoor uiteen is gezet, er nog geen sterke verplichtingen bestaan om specifieke concrete maatregelen te nemen. Daar komt op termijn wellicht verandering in onder druk van de snelgroeiende praktijk van strategische rechtszaken die zich in steeds meer landen voordoen. Niet gehinderd door pessimisme over de kansen op succes⁵¹ zoeken betrokken burgers en maatschappelijke organisaties op steeds grotere schaal naar mogelijkheden om via (proef)processen ingrijpendere klimaatmaatregelen af te dwingen. Deze zaken richten zich zowel op: individuele staten (bijvoorbeeld in de Urgenda-zaak in Nederland, in *Juliana v. United States* in de Verenigde Staten (VS), in de Pakistaanse *Leghari-zaak*); als op de Europese Unie (zoals in de zogenaamde *People's Climate Case* die 10 Europese gezinnen uit Portugal, Duitsland, Frankrijk, Italië, Roemenië, Kenia, Fiji, en de Saami Youth Association Sáminuorra in mei 2018 bij het Europees Hof aanhangig maakten tegen de Europese Raad en het Europees Parlement);⁵² als op bedrijven (bijvoorbeeld in aangekondigde klimaat-

50. AVVN, ‘Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development’, UN Doc. A/Res. 70/1, 21 October 2015, respectievelijk p. 5, para. 13 en p. 23 [vertaling auteurs].

51. Zie bijvoorbeeld E.A. Posner, “Climate Change and International Human Rights Litigation: A Critical Appraisal”, *University of Pennsylvania Law Review*, 2007, p. 1925-1945, voor een overzicht van mogelijke juridische complicaties voor klimaat-rechtszaken in de VS (voornamelijk onder het Alien Tort Statute).

52. Voor algemene informatie over klimaatrechtszaken zie bijvoorbeeld: B. Ogochukwu, ‘Litigating the Impacts of Climate Change: The Challenge of Legal Polycentricity’, *Global Journal of Comparative Law*, vol. 7, nr. 1, 2018, p. 91-114; J. Setzer and M. Bangalore, ‘Regulating Climate Change in the Courts’, in A. Averchenkova, S. Frankenhauser and M. Nachmany (eds), *Trends in Climate Change Legislation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, p. 175-192; G. Corsi, ‘The New Wave of Climate Change Litigation: A Transferability Analysis’, *ICCG Reflection* Nr. 59, Initiative on Climate

zaken bij nationale rechters zoals tegen Total in Frankrijk,⁵³ Shell in Nederland,⁵⁴ en in een al lopende klimaatzaak die Greenpeace Southeast Asia in 2015 tegen 47 zogenaamde *Carbon Majors* – producenten van fossiele brandstof, cement en energie – aanhangig maakte bij de Filipijnse Mensenrechtencommissie⁵⁵; en soms op staten en bedrijven tegelijk (zoals in de Zuid-Afrikaanse Earthlife-zaak over het meenemen van de mogelijke impact op het klimaat van een nieuwe kolencentrale in de procedure voor het afgeven van een bouwvergunning).⁵⁶

Voor 2014 waren er volgens het VN-Milieuprogramma UNEP in 12 landen uitspraken gedaan in klimaatrechtszaken. In maart 2017 liepen dergelijke zaken al in het dubbele aantal landen. Hoewel de overgrote meerderheid van die zaken (654) in Amerika plaatsvond, waren in maart 2017 meer dan 230 klimaatrechtszaken aanhangig in andere landen. Zo'n 80 van deze zaken speelden in Australië, 49 in het Verenigd Koninkrijk, 40 bij het Europese Hof van Justitie, 16 in Nieuw Zeeland, 13 in Spanje, en vier of minder elk in België, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Nederland, Noorwegen, Oekraïne, Oostenrijk, Tsjechië, Zweden, Zwitserland (Europa); Nigeria en Zuid-Afrika (Afrika); Colombia (Zuid Amerika); de Filipijnen, India en Pakistan (Azië); en Micronesië (Oceanië).⁵⁷

Change policy and Governance, Venice, October 2017. Voor informatie over de genoemde zaken zie respectievelijk: www.urgenda.nl/themas/klimaat-en-energie/klimaatzaak/; www.ourchildrenstrust.org/us/federal-lawsuit/; https://elaw.org/PK_Asghar-Leghari_v_Pakistan_2015; en <https://peoplesclimatecase.caneurope.org/> en Official Journal of the European Union, C 285, 13 August 2018, p. 34-36.

53. Total is naar verluid “verantwoordelijk voor twee derde van de totale CO₂-uitstoot van Frankrijk” en de “negentiende grootste vervuiler van de wereld” <https://nos.nl/artikel/2256097-franse-steden-en-milieuorganisaties-dreigen-met-rechtszaak-tegen-total.html>. Als het bedrijf in 2019 onvoldoende maatregelen genomen zal blijken te hebben voor het terugbrengen van haar CO₂-uitstoot, hebben Franse steden en milieuorganisaties aangekondigd haar voor de rechter te dagen. <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2018/10/221018-Courrier-Patrick-Pouyanné.pdf>
54. Volgens initiatiefnemer Milieudefensie is Shell “de grootste vervuiler van Nederland en stoot 2 keer meer CO₂ uit dan heel Nederland bij elkaar. Shell staat op nummer 9 van de lijst van meest klimaatvervuilende fossiele bedrijven ter wereld”. Veelgestelde vraag 7, <https://milieudefensie.nl/klimaatzaakshell/veelgestelde-vragen#1-waarom-deze-rechtszaak->
55. Greenpeace International, ‘Landmark Human Rights Hearings Against Fossil Fuel Companies Begin in the Philippines’, www.greenpeace.org/international/press-release/15575/landmark-human-rights-hearings-against-fossil-fuel-companies-begin-in-the-philippines/. Eind maart 2018 vonden de eerste hoorzittingen in deze zaak plaats in Manilla. In november 2018 werden die vervolgd in Londen en New York. Zie ook www.clientearth.org/business-climate-change-human-rights/ en www.clientearth.org/shell-and-bp-summoned-to-world-first-climate-change-hearing-today/.
56. EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs & others, High Court of South Africa, Gauteng Division, Pretoria, Case number 65662/16, Judgement 8 March 2017, www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2017/58.html
57. United Nations Environment Programme, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review*, Nairobi: UNEP, May 2017, p. 10-12 en 14.

Hoewel deze zaken divers zijn en in verschillende jurisdicties en rechtssystemen vorm krijgen, valt op dat een aantal gemeenschappelijke aspecten in veel van deze zaken aandacht krijgt. Dit betreft bijvoorbeeld de principiële kwestie of de aanpak van klimaatverandering een juridische, politieke en/of beleidskwestie is, en of de scheiding der machten niet in de weg staat aan beoordeling door de rechter. In de hiervoor genoemde door individuele eisers aangespannen zaken, zagen de rechters hierin blijkens de beschikbare jurisprudentie geen beletsel voor de ontvankelijkheid van de zaak. Tevens is het interessant te zien hoe rechters in verschillende werelddelen, maar ook binnen hetzelfde land, dit aspect inhoudelijk beoordelen. Zij zijn regelmatig tot de conclusie gekomen dat het politieke en/of beleidskwesties betreft waar de rechter niet in kan treden. Een recent voorbeeld is de uitspraak van een Amerikaanse rechter van het King County Superior Court (in Washington) in de zaak *Piper et al. v. State of Washington et al.* Deze door en namens jongeren aangespannen zaak had als doel de State of Washington te brengen tot het streven naar een CO₂-reductie van 96% in 2050. Volgens de jongeren zou de staat daarvoor binnen 15 jaar nagenoeg compleet moeten afzien van het gebruik van gas, benzine of diesel en 90% van haar elektriciteit uit koolstofvrije bronnen moeten genereren.⁵⁸ Hoewel rechter Michael Scott erkende dat klimaatverandering een serieus probleem is dat om een snelle reactie vraagt, vond hij ook dat de zaak ging om:

“quintessentially political questions that must be addressed by the legislative and executive branches of government. These issues cannot appropriately be resolved by a court.”⁵⁹ En, “[t]he relief sought by Plaintiffs would require the Court to usurp the roles of the legislative and executive branches of our state government”.⁶⁰

Het tegenovergestelde werd aangenomen in *Juliana v United States*. Deze zaak, die door de rechter in *Piper et al. v. State of Washington* een “outlier” werd genoemd,⁶¹ werd ook door en namens jongeren gestart en loopt momenteel nog. De zaak draait om het krijgen van zowel een verklaring dat “their constitutional and public trust rights have been violated” als een “order enjoining defendants from violating those rights and directing defendants to develop a plan to reduce CO₂ emissions”.⁶² Na een ver-

58. *Piper et al. v. State of Washington et al.*, Nr. 18-2-04448-1 SEA, Opinion and Order Granting Defendants’ Rule 12(c) Motion for Judgement on the Pleadings, 14 August 2018, p. 3.

59. *Ibid.*

60. *Ibid.*, p. 6.

61. *Loc. cit.* n. 58, p. 7.

62. *Juliana et al. v. United States et al.*, District Court for the District of Oregon, Eugene Division, Case Nr. 6:15-cv-01517-TC, Opinion and Order, 10 November 2016, p. 2.

handeling van 10 pagina's vatte rechter Aiken haar bevindingen over of de zaak een politieke of juridische kwestie is als volgt samen:

"D. Summary: This Case Does Not Raise a Nonjusticiable Political Question

There is no need to step outside the core role of the judiciary to decide this case. At its heart, this lawsuit asks this Court to determine whether defendants have violated plaintiffs' constitutional rights. That question is squarely within the purview of the judiciary. (...) Should plaintiffs prevail on the merits, this Court would no doubt be compelled to exercise great care to avoid separation-of-powers problems in crafting a remedy. The separation of powers might, for example, permit the Court to direct defendants to ameliorate plaintiffs' injuries but limit its ability to specify precisely how to do so."⁶³

In de Pakistaanse Leghari-zaak stelde het Lahore High Court zich nog veel minder terughoudend op. De Pakistaanse boer Ashgar Leghari startte deze zaak tegen de Pakistaanse staat vanwege het gebrek aan vooruitgang van klimaatactie "on the ground" dat hij zag, ondanks het bestaan van een Nationaal Klimaatveranderingsbeleid sinds 2012, en van een formeel kader voor de implementatie van dat beleid voor de periode 2014-2030.⁶⁴ Het Lahore High Court benoemde klimaatverandering tot een "defining challenge of our time" en stelde vast dat Pakistan als gevolg ervan te maken heeft met klimatologische variaties die:

"primarily resulted in heavy floods and droughts, raising serious concerns regarding water and food security. On a legal and constitutional plane this is clarion call for the protection of fundamental rights of the citizens of Pakistan, in particular, the vulnerable and weak segments of the society who are unable to approach this Court."⁶⁵

Ook constateerde het Lahore High Court dat er, ondanks bovengenoemde beleidsinstrumenten, in de praktijk inderdaad onvoldoende vooruitgang was geboekt.⁶⁶ Hoewel rechter Syed Mansoor Ali Shah niet expliciet inging op de taakverdeling tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht, gaf hij impliciet wel een inkijkje in zijn redenering op dit punt door te verklaren dat: "It appears that we have to move on. The existing environmental jurisprudence has to be fashioned to meet the needs of

63. Ibid., p. 16-17.

64. Asghar Leghari v. Federation of Pakistan, W.P. Nr. 25501/2015, HCJD/C-121, Order Sheet, 4 September 2015, p. 2.

65. Ibid., p. 5, para. 6.

66. De rechter stelde letterlijk dat de staat vertraagd en lethargisch handelde (ibid., p. 6), en, in de vervolg Order, dat "It is quite clear to me that no material exercise has been done on the ground to implement the Framework" (Asghar Leghari v. Federation of Pakistan, HCJD/C-121, Order Sheet, 14 September 2015, p. 10).

something more urgent and overpowering i.e., Climate Change.”⁶⁷ Om regeringsactie te bespoedigen nam het Lahore High Court daarop de volgende vergaande en gedetailleerde maatregelen. Het beval de bij de zaak betrokken ministeries, departementen en autoriteiten een ‘focal person’ te benoemen om zowel met het Ministerie van Klimaatverandering samen aan implementatie te werken als het hof in deze zaak verder bij te staan. Bovendien moesten eerder genoemde instituties een lijst opstellen van adaptatie-actiepunten die per 31 december 2015 bereikt zouden kunnen worden, en stelde het hof een zogenaamde ‘Climate Change Commission’ in, inclusief 21 bij naam genoemde leden, om het hof te helpen de voortgang van de uitvoering van het Pakistaanse klimaatbeleid te controleren.⁶⁸

Ook dichterbij huis, in de Nederlandse Urgenda-zaak, kwam de vraag of klimaatmaatregelen juridische, politieke en/of beleidskwesties zijn en de eventuele implicaties van de *trias politica* aan de orde. In eerste aanleg stelde de Rechtbank Den Haag (in haar vonnis van juni 2015) dat de invulling van de implicaties van de zorgplicht die volgens artikel 21 van de Grondwet op de Nederlandse staat rust “voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu” een eigen discretionaire bevoegdheid van de Nederlandse Staat is.⁶⁹ Deze “discretionaire ruimte is echter niet onbegrensd: de zorg van de Staat mag niet onder de maat zijn”⁷⁰ en moet beoordeeld worden in het licht van het VN-Klimaatverdrag en de relevante bepalingen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Aangezien “het Nederlandse recht geen volledige scheiding van de staatsmachten, in dit geval tussen de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht, kent” strekt, volgens de rechtbank, de “verdeling van bevoegdheden over deze organen (en de wetgevende macht) (...) veeleer tot het bereiken van een evenwicht tussen deze staatsmachten”.⁷¹ Volgens de Rechtbank Den Haag heeft daarbij:

“niet de ene macht in algemene zin en in alle gevallen het primaat boven de andere. Wel heeft elke staatsmacht haar eigen opdracht en verantwoordelijkheden. De rechter biedt rechtsbescherming en beslecht rechtsgeschillen. Hij moet dit ook doen als het van hem wordt gevraagd. Het is een wezenlijk kenmerk van de rechtsstaat dat ook het handelen van (zelfstandig democratisch gelegitimeerde en gecontroleerde) politieke organen, zoals de regering en de volksvertegenwoordiging, kan – en soms zelfs moet – worden

67. Asghar Leghari v. Federation of Pakistan, *ibid.*, Order Sheet, 4 September 2015, p. 6, para. 7.

68. *Ibid.*, Order Sheet, 14 September 2015, p. 6 ff. en Order Sheet, 14 September 2015, p. 11 ff.

69. Rechtbank Den Haag, 26 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.36.

70. *Ibid.*, r.o. 4.53.

71. *Ibid.*, r.o. 4.95.

beoordeeld door de van deze organen onafhankelijke rechter. Dit betreft dan een rechtmatigheidsoordeel.”⁷²

In de hoger beroep uitspraak van oktober 2018 verwierp het Hof Den Haag wederom het beroep van de Staat op de scheiding der machten ten aanzien van beleidskeuzes. Het hof deed dit “reeds omdat er sprake is van schending van mensenrechten door de Staat waardoor maatregelen zijn geboden, terwijl het reductiebevel aan de Staat voldoende ruimte geeft om in te vullen op welke wijze hij uitvoering geeft aan dit bevel.”⁷³

Een ander gemeenschappelijk aspect dat in vele van de klimaatrechtszaken in de wereld aan de orde wordt gesteld is hun (gedeeltelijke) basis in mensenrechten. Dezelfde voorbeeldjurisprudentie die hierboven al opgevoerd is voor de *trias politica* aspecten van klimaatrechtszaken, biedt ten aanzien van de rol van mensenrechten hierbij ook nuttige illustraties. In de eerder genoemde Amerikaanse zaak Piper et al. v. State of Washington et al.,⁷⁴ faalde het beroep van de eisers op een constitutioneel recht op een gezond en aangenaam milieu, inclusief een stabiel klimaatstelsel dat het menselijk leven en de vrijheid ondersteunt. Volgens rechter Michael Scott: “There is no such right to be found within our State Constitution. (...) A stable and healthy climate, like world peace and economic prosperity, is a shared aspiration – the goal of a people, rather than the right of a person.”⁷⁵ In de geruchtmakende zaak Juliana v. United States kwam rechter Ann Aiken tot de tegenovergestelde conclusie en stelde zij dat:

“Exercising my “reasoned judgment,” (...) I have no doubt that the right to a climate system capable of sustaining human life is fundamental to a free and ordered society. Just

72. Ibid.

73. Hof Den Haag, 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 67. In r.o. 69 verduidelijkte het hof deze positie door te stellen dat de *trias politica* niet in de weg staat aan beoordeling door de rechter omdat die “rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen waarbij Nederland partij is, zoals de artikelen 2 en 8 EVRM” toe moet passen. Voor algemenere besprekingen van deze aspecten van de Urgenda-zaak, zie bijvoorbeeld: R. Schurgens, ‘Urgenda en de Trias: Enkele Staatsrechtelijke Kanttekeningen bij het Geruchtmakende Klimaatvonnis van de Haagse Rechter’, *Nederlands Juristenblad*, jrg. 90, afl. 33, 2 oktober 2015, p. 2270-2277; G. Bogaard, ‘Urgenda en de Rol van de Rechter: Over de Ondraaglijke Leegheid van de Trias Politica’, *Ars Aequi*, jrg. 65, afl. 1, januari 2016, p. 26-33; L. Burgers, ‘Historic Moment in European Private Law: Urgenda Decision Upheld by Dutch Court of Appeal and Provided with Stronger Legal Ammunition’, blogpost, <http://judgesinutopia.blogspot.com/2018/10/historical-moment-in-european-private.html>, 9 oktober 2018; de annotatie van W.Th. Douma in *Jurisprudentie Milieurecht*, afl. 10, 6 november 2018, p. 1263-1278; en L. Besselink, ‘De Constitutioneel Meer Legitieme Manier van Toetsing: Urgenda voor het Hof Den Haag’, *Nederlands Juristenblad*, jrg. 93, afl. 41, 30 november 2018, p. 3078-3082.

74. Loc. cit. n. 58.

75. Ibid., p. 7-8.

as marriage is the “foundation of the family,” a stable climate system is quite literally the foundation “of society, without which there would be neither civilization nor progress.”⁷⁶

Bovendien, zo besliste rechter Aiken:

where a complaint alleges governmental action is affirmatively and substantially damaging the climate system in a way that will cause human deaths, shorten human lifespans, result in widespread damage to property, threaten human food sources, and dramatically alter the planet’s ecosystem, it states a claim for a due process violation. To hold otherwise would be to say that the Constitution affords no protection against a government’s knowing decision to poison the air its citizens breathe or the water its citizens drink. Plaintiffs have adequately alleged infringement of a fundamental right.⁷⁷

Tot slot maakte het feit dat de grondwettelijke rechten op leven en vrijheid in deze zaak op het spel stonden de Juliana v. United States-zaak voor rechter Aiken “of a different order than the typical environmental case”.⁷⁸

In de Pakistaanse Leghari-zaak bepaalde de rechter expliciet dat:

“[The R]ight to life, right to human dignity, right to property and right to information under articles 9, 14, 23 and 19A of the Constitution read with the constitutional values of political, economic and social justice provide the necessary judicial toolkit to address and monitor the Government’s response to climate change. (...) In the present case, the delay and lethargy of the State in implementing the Framework [for Implementation of Climate Change Policy (2014-2030)] offends the fundamental rights of the citizens which need to be safeguarded.”⁷⁹

In de Urgenda-zaak kwam de Rechtbank Den Haag in 2015 tot de conclusie dat de ngo Urgenda zelf geen slachtoffer kan zijn van schendingen van artikelen 2 en 8 van het Europees Handvest voor de Rechten van de Mens (EVRM) – met betrekking tot de rechten op leven en op privé-, familie- en gezinsleven – en dus haar zaak niet rechtstreeks met een beroep op deze artikelen kon onderbouwen. Desalniettemin vond de rechtbank deze rechten wel van belang voor de zaak, “als inspiratiebron (...) bij de invulling en concretisering van open privaatrechtelijke normen, zoals de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van 6:162 BW”.⁸⁰ Het Hof

76. Ibid., p. 32.

77. Ibid., p. 33.

78. Ibid., p. 52.

79. Loc. cit. n. 64, p. 6.

80. Loc. cit. n. 69, r.o. 4.45-4.46.

Den Haag vond in 2018 dat de verplichting van de Nederlandse Staat onder artikelen 2 en 8 EVRM:

“geldt voor alle activiteiten, publieke en niet-publieke, die de aldus beschermde rechten in gevaar kunnen brengen en geldt zeker als sprake is van industriële activiteiten die naar hun aard gevaarlijk zijn. Wanneer de overheid weet dat er sprake is van een reëel en onmiddellijk dreigend gevaar, moet de Staat preventieve maatregelen nemen om de aantasting zoveel mogelijk te voorkomen. In het licht hiervan zal het hof de gestelde (dreigende) klimaatgevaren beoordelen.”⁸¹

Die beoordeling viel vervolgens positief uit voor Urgenda. Het Hof Den Haag bepaalde immers dat er moest “worden gesproken van een reële dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering, waardoor er een ernstig risico bestaat dat de huidige generatie ingezetenen zal worden geconfronteerd met verlies van leven en/of verstoring van het gezinsleven.”⁸² De artikelen 2 en 8 EVRM brengen daarop volgens het hof de verplichting mee voor de Staat om tegen deze reële dreiging bescherming te bieden. Volgens het hof schendt de Staat de hiermee verbonden zorgplicht “door niet per eind 2020 tenminste 25% te willen reduceren”.⁸³

Hoewel deze jurisprudentie al met al een gemengd beeld laat zien en we slechts twee gevallen hebben genoemd van zaken met een op mensenrechten gebaseerde klimaatvordering die is toegewezen, is het wel duidelijk dat mensenrechten in veel van de tegen staten en bedrijven aanhangig gemaakte zaken als (additionele) grondslag voor een klimaatvordering worden gebruikt en als zodanig potentieel lijken te hebben.⁸⁴ Daarom bespreken wij in de volgende sectie van dit preadvies kort het algemene verband tussen mensenrechten en klimaatverandering in nog wat meer detail.

5. Mensenrechten en klimaat: De rol van staten

Klimaatverandering en de daarmee verband houdende overstromingen van leefgebieden – in verband waarmee de verwachting is dat complete (eiland)staten in 2050 onbewoonbaar zullen zijn –, toename van (zeer zware) orkanen, toenemende droogte of verzilting, en de invloed die dit

81. Ibid., r.o. 43.

82. Ibid., r.o. 45. Het hof verwijst alleen naar “de huidige generatie ingezetenen” en heeft zich niet uitgesproken over de positie van toekomstige generaties.

83. Ibid., r.o. 45 en 73.

84. Zie ook J. Peel en H.M. Osofsky, ‘A Rights Turn in Climate Change Litigation’, *Transnational Environmental Law*, vol. 7, nr. 1, 2018, p. 37-67.

alles onder meer heeft op de voedselvoorziening, hebben op dit moment al ernstige effecten op de levensomstandigheden van vele bevolkingsgroepen. Kwetsbare groepen zoals kinderen, vrouwen en inheemse bevolkingsgroepen worden in het bijzonder geraakt (maar zijn tegelijkertijd ook zeer belangrijk in het creëren van draagvlak voor, en het ondernemen van, klimaatactie).⁸⁵ Klimaatverandering kan daarmee ook een bedreiging voor het vervullen van mensenrechten vormen, zoals het recht op leven, gezondheid of op een adequate levensstandaard, al in het heden en vooral ook in de toekomst. Op die basis zou beargumenteerd kunnen worden dat het nemen van (effectieve en proportionele) maatregelen tegen de effecten van klimaatverandering die personen binnen de jurisdictie van een Staat ondervinden, en in het bijzonder waar die effecten kwetsbare groepen treffen, een vereiste is onder de algemene implementatiebepalingen van bepaalde mondiale mensenrechtenverdragen indien het nalaten van deze maatregelen een mensenrechtenschending oplevert. Een dergelijke mensenrechtenschending kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij het nalaten van reddings- en herhuisvestingsmaatregelen na overstroming van een deel van het grondgebied van een staat als gevolg van klimaatverandering. Dit verband tussen mensenrechten en klimaat geldt in het bijzonder voor degenen die het meest met de gevolgen van klimaatverandering te maken gaan krijgen, zoals kinderen en toekomstige generaties. Indien de klimaatverandering groter wordt, is immers aannemelijk dat de hiervoor bedoelde effecten zich in de toekomst in sterkere mate zullen gaan voordoen. Dit zal het nemen van maatregelen om die effecten te adresseren nog noodzakelijker maken. Wat kinderen betreft stelt artikel 4 van het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind bijvoorbeeld dat Partijen “alle passende wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen” dienen te nemen

85. Zie bijvoorbeeld K. Arts, ‘Children’s Rights and Climate Change’, in C. Fenton-Glynn (ed.), *Children’s Rights and Sustainable Development: Interpreting the UNCRC for Future Generations*, Cambridge University Press, forthcoming May 2019, p. 216-235; B. Burns et al., *Pocket Guide to Gender Equality under the UNFCCC*, European Capacity Building Initiative, Oxford, 2017; International Labour Office, *Indigenous Peoples and Climate Change: From Victims to Change Agents through Decent Work*, Geneva: International Labour Organization, 2017. Ademola Oluborode Jegede heeft beschreven hoe grootschalige biobrandstofprojecten het traditionele land van inheemse gemeenschappen innemen in Afrikaanse landen als Benin, Kameroen, Kenya, Tanzania, Mozambique, Namibia en Ethiopië, met alle gevolgen van dien voor het leefgebied, levensonderhoud en de cultuur van de desbetreffende inheemse groepen. Zie A. Oluborode Jegede, ‘Indigenous Communities Displaced by Climate Change and Extraterritorial Application of States’ Obligations in Africa’, in L. Chenwi and T. Soboka Bulto (eds), *Extraterritorial Human Rights Obligations from an African Perspective*, Cambridge: Intersentia, 2018, p. 207-230.

“om de in dit Verdrag erkende rechten te verwezenlijken”.⁸⁶ Aangezien klimaatverandering op termijn het verwezenlijken van kinderrechten gedeeltelijk of geheel onmogelijk zal kunnen maken, bestaat er daarmee ook een verband tussen het klimaat en kinderrechten dat gebruikt zou kunnen worden als additionele juridische onderbouwing voor maatregelen tegen klimaatverandering die reeds op grond van mensenrechten verplicht zijn.⁸⁷ Ook het al eerder genoemde vooruitzicht van toenemende migratie vanwege klimaatverandering heeft een duidelijke relatie met mensenrechten. Het verbinden van milieu- en mensenrechtenargumenten lijkt daarmee een logische stap.

Toch hebben het mondiale recht ten aanzien van de mensenrechten en dat ten aanzien van het milieu zich lange tijd weinig aan elkaar gelegen laten liggen. Het eerste geeft nog steeds relatief weinig aandacht aan milieuaspecten in het algemeen, en het mensenrecht op een schoon, gezond of adequaat milieu is nauwelijks expliciet gemaakt. Op regionaal niveau is op dit punt meer vooruitgang geboekt,⁸⁸ met verwijzingen naar verschillende varianten van zo’n mensenrecht in het African Charter on Human and Peoples’ Rights (1981), een additioneel protocol bij de American Convention on Human Rights (1988), het Arab Charter of Human Rights (2004), en de Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental

86. Artikel 2(1) van Het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (1966) vereist dat Partijen de rechten uit dat Verdrag “met alle passende middelen” verwezenlijken. Artikel 3 van het Verdrag inzake de Uitbanning van alle Vormen van Discriminatie van Vrouwen (1979) vraagt om “alle passende wettelijke en andere maatregelen”. Het Verdrag betreffende Inheemse en in Stamverband Levende Volken in Onafhankelijke Landen (1989), houdt in artikel 2(b) regeringen verantwoordelijk voor het voeren van beleid dat gericht is op “het bevorderen van de volkomen verwezenlijking van de sociale, economische en culturele rechten van deze volken met eerbiediging van hun sociale en culturele identiteit, hun gewoonten en tradities en hun instellingen”. Artikel 4(1) vraagt bovendien specifiek om speciale maatregelen “om de personen, de instellingen, de bezittingen, het werk, de cultuur en het leefmilieu van de betrokken volken veilig te stellen” [cursivering toegevoegd door auteurs]. Artikel 1(a) van het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (2006) verplicht tot “het aannemen van alle relevante wetgevende, bestuurlijke en andere maatregelen voor de implementatie van de rechten die in dit Verdrag erkend worden”.

87. Arts, loc. cit. n. 85. Op basis van de in de vorige voetnoot genoemde gelijksoortige verdragsbepalingen voor de economisch, sociale en culturele rechten, de rechten van vrouwen, inheemse volken, en mensen met een beperking kan op deze terreinen dezelfde redenering gevolgd worden.

88. Hoewel dit bijvoorbeeld door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) niet als expliciet mensenrecht erkend, maar alleen voor zover dit leidt tot (meer directe) mensenrechtenschendingen. Zie EHRM 13 juli 2017, zaak 38342/05, EHRC 2017/190 (Jugheli e.a./Georgië), r.o. 62; EHRM 25 april 2005, zaak 36022/97 (Hatton e.a./VK), r.o. 96.

Matters (Aarhus Convention).⁸⁹ Het mondiale milieurecht houdt zich op zijn beurt maar mondjesmaat bezig met de sociale en mensenrechten-effecten van schade aan, en de achteruitgang van, het milieu. Dit is opvallend, zeker tegen de achtergrond van het feit dat verschillende vroege mijlpalen in de ontwikkeling van het internationale milieurecht al wel een mensenrechtenbenadering van milieuzaken voorstonden. Zo begon de preambule van de Stockholm Verklaring met de opmerking dat: “Both aspects of man’s environment, the natural and the man-made, are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights-even the right to life itself”.⁹⁰ Het eerste inhoudelijke Beginsel in de Stockholm Verklaring betrof het feit dat: “Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being (...)”.⁹¹ Hoewel de Rio-Verklaring van 1992 niet dat soort harde mensenrechtentaal gebruikte, plaatste ook haar eerste inhoudelijke Beginsel mensen “at the centre of concerns for sustainable development” en stelde de Verklaring dat mensen “are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature”.⁹²

Het mondiale recht ten aanzien van klimaatverandering vertoont hetzelfde beeld als hierboven geschetst.⁹³ Het richt zich vooral op de milieu(-economische en -technische) aspecten van de problematiek en heeft weinig oog voor de sociale implicaties, inclusief mensenrechtenfacetten. Het VN-Klimaatverdrag uit 1992 verwijst bijvoorbeeld geheel niet naar de eventuele mensenrechtenkant van klimaatverandering. Het zou uiteindelijk nog tot eind 2015 duren voor dat daar verandering in kwam. Paragraaf 11 van de Preambule van het Akkoord van Parijs bevatte voor het eerst een rechtstreekse verwijzing naar mensenrechten in een bindend mondiaal klimaatinstrument. Die paragraaf stelt ondubbelzinnig dat:

“de Partijen bij hun optreden om klimaatverandering tegen te gaan hun respectieve verplichtingen betreffende mensenrechten, het recht op gezondheid, de rechten van inheemse volken, lokale gemeenschappen, migranten, kinderen, personen met een handicap en mensen in kwetsbare situaties, en het recht op ontwikkeling, alsmede de

89. Zie E. Hey en F. Violi, ‘The Hard Work of Regime Interaction: Climate Change and Human Rights’, in *Climate Change: Options and Duties under International Law*, Mededelingen van de KNVIR, nr. 145, Den Haag: Asser Press, 2018, p. 1-24.

90. Aangenomen door de VN-Conferentie inzake het Leefmilieu, preambule, para. 1, loc. cit. n. 25, p. 3.

91. Principle 1, *ibid.*, p. 4.

92. Aangenomen door de VN-Conferentie inzake Milieu en Ontwikkeling, Beginsel 1, loc. cit. n. 29. Deze antropocentrische benadering van duurzame ontwikkeling trof overigens zeker ook kritiek, bijvoorbeeld onder milieuactivisten die voor een betere balans tussen (de belangen van) mens en planeet pleitten, met een sterkere nadruk op de bescherming van natuurlijke hulpbronnen, ecosystemen en biodiversiteit.

93. Zie ook E. Hey en F. Violi, loc. cit. n. 89.

gendergelijkheid, de empowerment van vrouwen en de intergenerationele solidariteit dienen te eerbiedigen, te bevorderen en in aanmerking te nemen.”⁹⁴

Hoewel de opname van deze paragraaf in de Preambule van het Akkoord van Parijs een belangrijke doorbraak is voor de erkenning van de mensenrechtenaspecten van klimaatverandering, zijn de implicaties ervan vanwege de gekozen formulering nog steeds relatief zwak. De verwijzing naar “hun respectieve verplichtingen betreffende mensenrechten” beslaat immers geen nieuwe of in verband met klimaatkwesities nader geconcretiseerde mensenrechtenverplichtingen, maar houdt het bij algemene al bestaande verplichtingen.⁹⁵

Ondanks het gebrek aan integratie van inhoud en ontwikkeling van het internationale recht ten aanzien van respectievelijk de mensenrechten en het milieu, klimaatverandering niet uitgezonderd, wordt de laatste jaren het verband tussen klimaat en mensenrechten toch steeds vaker gelegd. Dit gebeurt zowel op verschillende locaties in de Verenigde Naties zoals het VN-Milieuprogramma UNEP,⁹⁶ het VN-Kinderfonds UNICEF,⁹⁷ de VN-Mensenrechtenraad⁹⁸ en VN-mensenrechtenverdragsorganen,⁹⁹ alsook in allerlei nationale klimaatrechtszaken zoals we in de vorige sectie al bespraken. Dit betreft vooral een indirect verband dat inhoudt dat klimaatverandering op zich geen mensenrechtenschending is. Het beschouwen van bijvoorbeeld CO₂-emissies als mensenrechtenschending ligt daarvan uitgaande dus ook minder voor de hand. Wel kunnen de gevolgen van klimaatverandering specifieke mensenrechten, zoals het recht op leven, onder druk zetten of in gevaar brengen.

94. Akkoord van Parijs, loc. cit. n. 42. Voor de voorgeschiedenis van deze bepaling, zie Hey en Violi, *ibid.*, p. 14-16.

95. M.P. Carazo, ‘Contextual Provisions (Preamble and Article 1)’, in D. Klein et al., *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford University Press, 2017, chapter 6, p. 107-122 at p. 115.

96. United Nations Environment Programme (UNEP), in cooperation with Columbia Law School (Sabin Centre for Climate Change Law), *Climate Change and Human Rights*, Nairobi: UNEP, December 2015.

97. UNICEF, *The Challenges of Climate Change: Children on the Front Line*, Florence: UNICEF Office of Research, 2014; UNICEF, *Unless We Act Now: The Impact of Climate Change on Children*, New York: UNICEF, 2015.

98. Human Rights Council, ‘Analytical Study on the Relationship between Climate Change and the Human Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health’ (Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights), *UN Doc. A/HRC/32/23*, 6 May 2016. Voor andere voorbeelden zie www.ohchr.org/en/issues/hrandclimatechange/pages/hrclimatechangeindex.aspx.

99. Voor een overzicht van verwijzingen naar klimaatverandering en de gevolgen voor kinderrechten in de *Concluding Observations* van het VN-Kinderechtencomité, zie Arts, loc. cit. n. 85, p. 229-232.

De trend om de klimaatproblematiek steeds meer (ook) vanuit een mensenrechtenbenadering aan te pakken wordt zeker ook door sommigen bekritiseerd. Zo schreef Ron Dudai in een artikel uit 2009 al:

“Human rights organizations should not necessarily jump on the bandwagon and start working on climate change; we need a cool discussion on the merits or lack thereof of such a shift. (...) The question is what would a human rights analysis of this phenomenon yield? What would be the benefits of employing such an analysis instead of or in addition to an environmental, economic, or political analysis?”¹⁰⁰

De voordelen of toegevoegde waarde van een mensenrechtenbenadering van klimaatverandering die Dudai graag verduidelijkt zag zijn sinds zijn artikel uit 2009 steeds duidelijker geworden. Dat het nalaten van (effectieve en proportionele) maatregelen om de gevolgen van klimaatverandering te adresseren die personen binnen de jurisdictie van een staat (in het bijzonder kwetsbare groepen) ondervinden een mensenrechtenschending kan opleveren, is de ultieme implicatie van een mensenrechtenbenadering van klimaatverandering. Te denken valt aan het hiervoor genoemde geval waarin het nalaten van reddings- en herhuisvestingsmaatregelen na overstroming van een deel van het grondgebied van een staat door klimaatverandering een mensenrechtenschending kan opleveren. In zo’n geval vormt het recht ten aanzien van de mensenrechten een belangrijke additionele juridische onderbouwing van dergelijke maatregelen. In het kader van het Akkoord van Parijs moeten mensenrechten ook meegenomen worden bij het vaststellen van de nationale klimaatambitie van landen (in de vorm van de nationaal bepaalde bijdragen) en dienen zij volgens de Costa Ricaanse jurist María Pía Carazo zelfs als basis voor een juridische verplichting “to focus on the rather pessimistic figures”.¹⁰¹ Hoewel veelal, en ook in het Akkoord van Parijs, de nadruk wordt gelegd op mitigatie¹⁰² gaat het naast mitigatie vanzelfsprekend ook om adaptatiemaatregelen. Het Akkoord van Parijs werkt die gedachte enigszins uit in artikel 7(5) waarin “[d]e Partijen erkennen dat voor adaptatiemaatregelen een door het land gestuurde, genderresponsieve, participatieve en volledig transparante benadering dient te worden gevolgd, waarbij rekening wordt gehouden met kwetsbare groepen, gemeenschappen en ecosystemen”.¹⁰³ Andere consequenties van een mensenrechtenbenadering doen zich moge-

100. R. Dudai, ‘Climate Change and Human Rights Practice’, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1, nr. 2, 2009, p. 295. Voor een andere kritische stem in de literatuur, zie bijvoorbeeld Posner, loc. cit. n. 51.

101. M.P. Carazo, loc. cit. n. 91, p. 116.

102. Zoals art. 7(4) van het Akkoord van Parijs stelt kan een hoger mitigatieniveau immers de noodzaak van extra adaptatie-inspanningen verminderen, en kunnen grotere adaptatie-behoefte tot hogere adaptatiekosten leiden.

103. Akkoord van Parijs, loc. cit. n. 42.

lijk voor ten aanzien van de eerder in dit advies al benoemde klimaatgerelateerde migratie. Migratie zou vanuit de mensenrechtenoptiek dan mogelijk gezien moeten gaan worden als een recht in plaats van een privilege voor klimaatvluchtelingen of klimaatslachtoffers. Dit zou aanleiding kunnen zijn voor het zoeken naar creatieve oplossingen en de daarbij behorende juridische kaders zoals het mogelijk maken van tijdelijke (en dan veelal intern nationale) migratie in tijden van klimaatstress zoals periodes van extreme droogte. Andere mogelijkheden zijn het bieden van tijdelijke bescherming (zowel nationaal als internationaal) voor personen die getroffen worden door natuurrampen, en duurzame alternatieven (vooral internationaal) voor mensen uit gebieden of zelfs hele staten die vanwege klimaatverandering onleefbaar zijn geworden of onderwater zijn geraakt.¹⁰⁴

Verder zijn staten onder de algemene “duty to protect human rights” verplicht alles dat redelijkerwijze binnen hun macht ligt te doen om mensenrechtenschendingen door private actoren, zoals bedrijven, te voorkomen. Hoewel de opstellers van het Akkoord van Parijs die benadering in verband met klimaatverandering niet gevolgd hebben door in paragraaf 11 van de Preamble niet te verwijzen naar de verplichting “to protect human rights” maar de alternatieve formulering “[to] respect, promote and consider their respective obligations on human rights” te gebruiken, heeft de “duty to protect” volgens het Hof Den Haag al voldoende uitwerking gekregen via andere rechtsbeginselen en bronnen om ook hier relevantie te hebben. Zoals al eerder in dit advies aangehaald, benoemde het Hof Den Haag in de hoger beroepsuitspraak in de Urgenda-zaak dit als volgt:

“Kort samengevat rust dus op de Staat op grond van artikel 2 EVRM de positieve verplichting om het leven van burgers binnen zijn jurisdictie te beschermen, terwijl artikel 8 EVRM de verplichting schept om het recht op woning en privéleven te beschermen. *Deze verplichting geldt voor alle activiteiten, publiek en niet-publiek, die de aldus beschermde rechten in gevaar kunnen brengen, en geldt zeker als sprake is van industriële activiteiten die naar hun aard gevaarlijk zijn. Wanneer de overheid weet dat er sprake is van een reëel en onmiddellijk dreigend gevaar, moet de Staat preventieve maatregelen nemen om de aantasting zoveel mogelijk te voorkomen.*”¹⁰⁵

De benadering van het hof heeft echter tot nu toe weinig weerklank gevonden: een positieve verplichting van staten om de op hun grondgebied gevestigde private actoren te bewegen (laat staan te verplichten) maatregelen te nemen om klimaatverandering tegen te gaan of adaptatie te bewerkstelligen, is vooralsnog slechts sporadisch aangenomen (gezien de

104. Zie respectievelijk Willcox, loc. cit. n. 9, p. 1023; en Kälin en Schrepfer, loc. cit. n. 11, p. 60-61.

105. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, r.o. 43.

in paragraaf 4 besproken zaken). De uitstoot van broeikasgassen is (voornamelijk) afkomstig van private actoren. De hiervoor uiteengezette meer breed geaccepteerde mensenrechtenbenadering (die dus niet zo ver gaat als die van het hof) brengt echter geen mensenrechtenverplichting van staten mee om private partijen te bewegen (of zelfs te verplichten) de uitstoot van broeikasgassen te reduceren.

Op de langere termijn zou het recht ten aanzien van de mensenrechten naar een dergelijke positieve verplichting kunnen evolueren als de effecten van klimaatverandering zich steeds indringender gaan manifesteren. Maar, ook dan blijft het lastig aan te tonen verband tussen de (gezamenlijke) uitstoot van de private partijen binnen een staat en de (directe) impact op de mensenrechten van een individu die onder de jurisdictie van die staat valt een belangrijk obstakel. Bovendien zal het naar verwachting lang duren, als dit al lukt, voordat een dergelijke toekomstige positieve verplichting ook in een zodanig aantal landen zal worden aanvaard dat dit relevante impact heeft op de mondiale uitstoot (door private partijen). Daarom leidt de alleen op reductie van uitstoot door private partijen in Nederland gerichte benadering van het Hof Den Haag in de Urgenda-zaak, ook indien in de toekomst een positieve verplichting zou worden aangenomen, niet tot het gewenste resultaat. (Individuele) staten kunnen veel meer impact hebben door internationale samenwerking tussen bedrijven en andere marktactoren te stimuleren en te faciliteren. Dit vormt alle aanleiding om in de volgende sectie de rol van het bedrijfsleven nader onder de loep te nemen en te onderzoeken hoe een op bedrijven gerichte mensenrechtenbenadering een bijdrage kan leveren.

6. Klimaatverandering en mensenrechten: De rol van het bedrijfsleven

Het valt op dat de ambitie om klimaatmaatregelen te nemen bij bedrijven in behoorlijke mate aanwezig is.¹⁰⁶ Ook de Nederlandse overheid dringt op dergelijke maatregelen aan.¹⁰⁷ Hetzelfde geldt voor maatschappelijke

106. Zie bijvoorbeeld www.duurzaam-ondernemen.nl/topbestuurders-komen-terug-uit-spits-bergen-met-ambitieuze-plannen/. Voorts heeft bijvoorbeeld de Royal Bank of Scotland (RBS) aangekondigd niet meer in kolenprojecten te investeren. Zie www.banktrack.org/news/rbs_moves_on_coal_and_tar_sands_and_takes_the_lead_of_uk_banks. Ook ING heeft aangekondigd voorafgaand aan het verstrekken van leningen voor haar gehele portefeuille te gaan beoordelen of de leningnemer voldoende maatregelen neemt om onder de 2°C-grens te blijven. Zie www.ing.com/Sustainability/Our-Stance/Climate.htm.

107. Ministers Wiebes en Hoekstra hebben erop aangedrongen dat de financiële sector de belangen in fossiele brandstoffen afbouwt. Zie www.accountant.nl/nieuws/2018/7/triodos-ook-financiele-sector-moet-fossiele-assets-afbouwen/.

organisaties.¹⁰⁸ De vraag is echter of de nu beoogde maatregelen voldoende zullen zijn om onder de 2°C-grens van het Akkoord van Parijs te blijven. In dat verband bekijken wij in deze sectie van ons preadvies nu de rol van bedrijven in detail. Hierbij dient men in het achterhoofd te houden dat klimaatverandering een niet-territoriaal probleem betreft dat bij uitstek een transnationale aanpak vergt. Ook voor private entiteiten gaat het derhalve niet alleen om een (al dan niet op regelgeving gebaseerde) verplichting om maatregelen te nemen in het land van haar zetel. Ook doet zich de vraag voor of een private actor gehouden is transnationale maatregelen te nemen die relevant zijn voor andere gebieden of staten (zelfs als deze private actor niet actief is in die gebieden of staten). In verband met deze maatregelen wordt overigens meestal alleen gesproken over het reduceren van de emissie van broeikasgassen (mitigatie) en niet over adaptatiemaatregelen. Beide soorten maatregelen kunnen echter relevant zijn.

Voor staten hebben wij in de voorgaande secties van dit preadvies de (mensenrechten)verplichtingen tot het nemen van zowel mitigatie als adaptatiemaatregelen uiteengezet en onderbouwd. Het is echter niet vanzelfsprekend dat (internationale) milieu- en/of mensenrechtennormen ook voor private actoren zoals bedrijven gelden. Bovendien rijzen er vragen over de mate waarin bedrijven dergelijke normen eventueel dienen te respecteren buiten de landsgrenzen van het land waarin zij hun zetel hebben. Dit zullen wij nu nader bezien.

Vervolgens gaan wij in op de vraag of de toepasselijkheid van mensenrechtennormen ook voor klimaatactie door bedrijven meerwaarde heeft. Indien dat het geval is, rijst de vraag hoe de benodigde transnationale aanpak van het klimaatprobleem, dat immers een niet-territoriale impact heeft, door bedrijven vorm zou moeten krijgen en hoe zij daarin verantwoordelijkheid kunnen nemen. Ervan uitgaande dat overheden op mondiaal niveau de problematiek voorlopig nog onvoldoende zullen reguleren, lijkt het voor het komen tot de benodigde fundamentele wijzigingen in het handelen van bedrijven op transnationaal niveau essentieel om tot duidelijke private (reductie)standaarden te komen en die ook te handhaven. Bij niet-naleving zouden derden daarover moeten kunnen klagen.

Degelijke private standaarden zouden onder meer in multistakeholderinitiatieven kunnen worden ontwikkeld waarin ook door verschillende soorten actoren wordt samengewerkt (multilevel). Het effectief aanpakken van klimaatverandering vereist immers veelal een fundamentele wijziging van de huidige markten en daarvoor lijkt onder meer samenwerking tussen

108. Banktrack wijst op de noodzaak voor banken om investeringen in kolen af te bouwen. Zie ook www.banktrack.org/coaldevelopers/; www.fossilbanks.org/; en www.banktrack.org/article/indigenous_environmental_and_climate_justice_groups_rally_outside_equator_principles_meeting en www.desmog.co.uk/2018/02/13/uk-bank-standard-chartered-set-breach-its-climate-pledges-financing-dirty-coal-plant-vietnam.

verschillende soorten actoren in een markt noodzakelijk. Daarnaast is het nuttig om ook andere belanghebbenden in het proces te betrekken omdat dit het draagvlak voor dergelijke fundamentele wijzigingen vergroot. Daarbij rijzen onder meer de vragen wat onder een effectieve aanpak van klimaatverandering wordt verstaan, en hoe de effectiviteit van een multistakeholderinitiatief zou kunnen worden vastgesteld. Na beantwoording van die vragen houden wij een aantal (134) private of multistakeholderklimaatinitiatieven tegen het licht om te bezien in hoeverre die al dan niet effectief zijn. Dit biedt ons vervolgens een basis om uitspraken te doen over of private actoren daarmee hun verantwoordelijkheid op het gebied van klimaatverandering in voldoende mate nemen en, indien dat niet het geval is, hoe relevante maatregelen verder zouden kunnen worden gestimuleerd.

6.1 De relevante wetgeving, standaarden en initiatieven voor mensenrechten en het bedrijfsleven in het algemeen

Het is niet vanzelfsprekend dat internationale mensenrechtennormen ook gelden voor bedrijven, en in het bijzonder voor (de invloed die) hun activiteiten (hebben) buiten het land waarin zij zijn gevestigd.¹⁰⁹ In eerste instantie zijn mensenrechten immers ontworpen voor overheden die mensenrechten moeten respecteren en bewaken, zij het dat sommige mensenrechten ook horizontale werking kunnen hebben in verhoudingen tussen niet-statelijke actoren. Daaruit vloeien echter geen specifieke normen voort die betrekking hebben op de wijze waarop bedrijven mensenrechten moeten respecteren in hun gehele (transnationale) bedrijfsvoering. Uit mensenrechtenverdragen (of de Grondwet) voortvloeiende verplichtingen gelden immers in beginsel niet (rechtstreeks) in deze zin voor bedrijven.

Wel bestaan er gezaghebbende internationale raamwerken waarin (als zodanig voor bedrijven niet bindende) richtlijnen zijn opgenomen over hoe bedrijven dienen om te gaan met mensenrechten. De belangrijkste algemene kaders zijn de *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPR),¹¹⁰ de *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*¹¹¹ en de *ISO 26000 Social Responsibility Guidance Standard*.¹¹²

109. Zie bijvoorbeeld S. Bijlmakers, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law*, London: Routledge 2019, p. 30; S. Deva, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, London: Routledge, 2012, p. 148-150; N. Bernaz, *Business and Human Rights, History, Law and Policy, Bridging the Accountability Gap*, London: Routledge, 2017, p. 92-104.

110. Zie www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

111. Zie www.oecd.org/investment/mne/1922428.pdf.

112. 'ISO 26000:2010 – Guidance on Social Responsibility', www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm.

Daarnaast bestaan meer sectorspecifieke raamwerken zoals de *Equator Principles* en de *IFC Environmental and Social Performance Standards* in de financiële sector, en de *Voluntary Principles on Security and Human Rights* in de olie- en gasindustrie.¹¹³ Deze niet-bindende raamwerken kunnen zeker betekenis hebben, als richtinggevende standaarden en ook als in handelsketens of bijvoorbeeld in projectfinancierings-, lenings- of exportkredietovereenkomsten is opgenomen dat een partij de in die raamwerken vastgelegde standaarden dient na te leven. Daarnaast is niet uitgesloten dat deze raamwerken door rechters zullen worden gebruikt om open normen, zoals de maatschappelijke zorgvuldigheid en de redelijkheid en billijkheid, in te vullen.¹¹⁴ Ook daardoor kunnen deze raamwerken *de facto* bindend worden.

De UNGP zijn gebaseerd op drie pijlers: (i) de verplichting van staten om mensenrechten te beschermen; (ii) de verplichting van bedrijven om mensenrechten te respecteren; en (iii) het voorzien in effectieve remedies bij mensenrechtenschendingen.¹¹⁵ Het respecteren van mensenrechten door bedrijven betekent volgens UNGP 13 en 17 dat, waar zij mensenrechtenschendingen kunnen veroorzaken of daaraan kunnen bijdragen (*cause or contribute*), bedrijven die dienen te vermijden. Als dergelijke schendingen zich toch voordoen dienen deze geadresseerd te worden. Tevens moeten bedrijven volgens de UNGP mensenrechtenschendingen trachten te voorkomen of te mitigeren in gevallen waarin deze, bijvoorbeeld in handelsketens, aan hun activiteiten zijn gelieerd (*directly linked*) zelfs als zij daaraan niet rechtstreeks hebben bijgedragen.¹¹⁶ In dit verband stelt UNGP 15 dat bedrijven een proces moeten inrichten om mensenrechtenschendingen te identificeren, te voorkomen, te mitigeren en verantwoording af te leggen over hoe zij met mensenrechtenschendingen omgaan (*human rights due diligence*¹¹⁷). Ook dienen bedrijven volgens UNGP 15 procedures in te richten die remedies bij mensenrechtenschendingen mogelijk maken als zij die hebben veroorzaakt of daaraan hebben bijgedragen (*caused or contributed*). Deze uitgangspunten worden verder

113. Zie respectievelijk www.equator-principles.com, www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/IFC+Sustainability/Our+Approach/Risk+Management/Performance+Standards en www.voluntaryprinciples.org.

114. Dat is op andere terreinen met dergelijke standaarden al gebeurd. Zie bijvoorbeeld in de verzekeringsbranche HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20 (*Achmea/Rijnberg*) en daarover ook M-C Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, doctoral thesis, Tilburg University, 2016, i.h.b. chapter 6.

115. UNGP, p. 1 en zie voor bedrijven ook UNGP 11. In UNGP 12 wordt aangegeven wat onder mensenrechten wordt verstaan.

116. Deze verplichting geldt volgens UNGP 14 voor alle bedrijven, maar de te nemen maatregelen en te verwachten inspanningen kunnen volgens UNGP 17 wel variëren al naargelang de grootte van de onderneming, de ernst van het risico en de aard en context van de activiteit.

117. Zie daarover bijvoorbeeld Bijlmakers, loc. cit. n. 109, p. 102-119.

uitgewerkt in UNGP 17-24. Zo zal een eventuele prioritering van het nemen van maatregelen volgens UNGP 24 afhankelijk moeten worden gemaakt van de ernst van de mogelijke mensenrechtenschending(en) (zowel naar aard als aantal betrokken personen) en de onmogelijkheid de gevolgen terug te draaien. De *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* bevatten op het terrein van mensenrechten vergelijkbare normen,¹¹⁸ maar zijn ruimer bijvoorbeeld omdat zij ook betrekking hebben op het toebrengen van schade aan het milieu (ook als geen sprake is van een mensenrechtenschending).¹¹⁹ Daarnaast bevatten de *OECD Guidelines* de verplichting voor de OESO-lidstaten om een zogenaamd National Contact Point (NCP) in te richten dat implementatie van de *Guidelines* promoot. Tevens kunnen bij de NCP klachten omtrent niet-naleving van de *Guidelines* door in dat land gevestigde bedrijven worden ingediend.¹²⁰

Tot op heden bestaat er nog maar mondjesmaat (bindende) regelgeving over de mensenrechtenverantwoordelijkheid van bedrijven. Wel zijn er in een aantal landen en in de Europese Unie (EU) (op deelterreinen) wetgevingsinitiatieven ontplooid. Deze bevatten meestal een rapportageverplichting voor bedrijven omtrent de risico's op mensenrechtenschendingen die zich in hun bedrijfsvoering (en in hun handelsketens) voordoen en de maatregelen die worden genomen om die schendingen tegen te gaan en op te lossen; dan wel een *due diligence* verplichting die is gebaseerd op de *human rights due diligence* zoals beschreven in de UNGP. Zo bepaalt artikel 54 van de Modern Slavery Act¹²¹ van het Verenigd Koninkrijk dat

118. Zie ook het *Commentary* op de *Guidelines*, p. 41, www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf.
119. Zie de *Guidelines* onder V.

120. Zie de *Guidelines*, p. 30 en 33-35. De procedure bij deze NCPs is overigens niet overal gelijk. De Nederlandse NCP tracht de klacht eerst met partijen op te lossen en brengt vervolgens een *final statement* uit dat aangeeft op welke wijze een oplossing is gevonden. Indien dat niet het geval is, geeft de NCP aan of, en in welke mate, de NCP meent dat het bedrijf de *OECD Guidelines* heeft nageleefd. Ook doet de NCP mogelijke aanbevelingen voor toekomstig handelen van het bedrijf. Zowel de Nederlandse als Engelse NCPs maken soms ook gebruik van (externe) mediators om een oplossing tussen partijen te bereiken (bijvoorbeeld omtrent financiële compensatie waarin de NCP niet kan voorzien). Zie bijvoorbeeld de *final statement* van de Nederlandse NCP ten aanzien van de klacht van de werknemers van Bralima tegen Bralima en Heineken van 18 augustus 2017, www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Final-statement-Former-employees-of-Bralima-vs.-Bralima-and-Heineken.pdf, p. 3.

121. Te vinden op www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted. In die rapportage kan volgens artikel 54(5) melding worden gemaakt van beleid op dit terrein, uitgevoerde *due diligence*, of handelsketens waarin die risico's zich voordoen, en van maatregelen die zijn genomen. Ook dient de rapportage volgens artikel 54(6)(a) door bepaalde organen binnen bedrijven (zoals de raad van bestuur) te worden goedgekeurd. Indien het bedrijf een website heeft moet de rapportage op grond van artikel 54(7) daarop worden geplaatst. Vergelijkbare regelgeving is ook ingevoerd in New South Wales in Australië (zie www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/2018/30/full) en wordt ook op federaal niveau overwogen. Zie www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r6148.

bedrijven die goederen verkopen of diensten verlenen (boven een bepaalde omzetsdrempel) moeten rapporteren over de stappen die zijn genomen om slavernij en mensenhandel in hun eigen bedrijf en handelsketens in het Verenigd Koninkrijk en daarbuiten te voorkomen (dan wel een verklaring af te leggen dat geen actie is ondernomen op dit terrein). In de Verenigde Staten bepaalt artikel 1502 van de Dodd Frank Act¹²² dat op de Amerikaanse beursgenoteerde ondernemingen het bij de *US Securities and Exchange Commission* (SEC) moeten melden als zij (zeldzame) aardmetalen (waaronder tin, goud en wolfram) uit conflictgebieden in de Democratische Republiek Congo of aangrenzende landen gebruiken.¹²³ Bovendien moeten zij aangeven welke maatregelen worden genomen om mensenrechtenschendingen te voorkomen indien die worden geconstateerd, en hun rapporten daarover op hun website publiceren.¹²⁴ Verder kent de Verenigde Staten wetgeving die het invoeren van producten gemaakt met kinderarbeid verbiedt en kent Californië een wet die bedrijven verplicht op hun website te rapporteren over slavernij en mensenhandel in hun handelsketens ten aanzien van door hen verkochte zaken.¹²⁵ Daarnaast heeft Frankrijk een wettelijk voorschrift geïmplementeerd dat grote bedrijven (ook voor hun activiteiten buiten de Franse landsgrenzen) verplicht om een zogenaamde mensenrechten *due diligence* die verband houdt met mensenrechten en arbeidsomstandigheden in te voeren.¹²⁶ Ook de Nederlandse Tweede Kamer heeft een wetsvoorstel aangenomen dat een dergelijke verplichting in verband met kinderarbeid

122. Een toelichting kan worden gevonden op www.sec.gov/spotlight/dodd-frank/speccorpdisclosure.shtml. Zie verder over dit artikel bijvoorbeeld www.globalwitness.org/en-gb/archive/dodd-frank-acts-section-1502-conflict-minerals/.

123. In de Amerikaanse rechtspraak is de wijze waarop de SEC uitvoering gaf aan dit artikel ongrondwettelijk bevonden en is een wet tot intrekking van dit artikel inmiddels in het Huis van Afgevaardigden aangenomen. Zie bijvoorbeeld www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d27d2d5f-df96-4506-8302-4b2958cb92a4.

124. Met name dit voorschrift is in de rechtspraak ongrondwettelijk bevonden en inmiddels door de SEC ingetrokken. Zie www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d27d2d5f-df96-4506-8302-4b2958cb92a4.

125. De California Transparency in Supply Chains Act 2010 is te vinden op <https://oag.ca.gov/SB657>. De verplichting bestaat volgens artikel 1714.43 van de Civil Code (dat door middel van deze wet is ingevoegd) voor bedrijven met een wereldwijde omzet van meer dan \$ 100 miljoen. Volgens artikel 1714.43(c) gaat het onder meer om een rapportage over het vaststellen van mensenhandel en slavernijrisico's, het houden van audits, het vragen van bewijs door leveranciers, maatregelen tegen degenen die de standaarden niet halen, en training van verantwoordelijk personeel en leidinggevenden.

126. Artikel L. 225-102-4 van de Wet op de Handel en Industrie bepaalt dat een bedrijf waarvan het hoofdkwartier is gevestigd in Frans grondgebied, of dat tenminste 5.000 werknemers in dienst heeft in het eigen bedrijf in Frankrijk, of 10.000 bij het eigen bedrijf en directe of indirecte dochterondernemingen (ook buiten Frankrijk), verplicht is om een effectief *human rights due diligence (vigilance)* plan op te stellen voor zichzelf en de activiteiten die het ontplooit, alsmede voor dochterondernemingen of bedrijven waarover het de controle heeft. Het plan moet redelijkerwijs te vergen maatregelen

per 1 januari 2020 zou invoeren voor Nederlandse bedrijven die goederen verkopen of diensten aanbieden.¹²⁷ Het is echter onzeker of deze wet door de Eerste Kamer zal worden aangenomen. Ten slotte is in Zwitserland een wetsvoorstel aan het parlement voorgelegd, in reactie op een eerder volksinitiatief, waarin eveneens een *human rights due diligence*-verplichting wordt vastgelegd.¹²⁸

Ook op Europees niveau is het nodige gaande. Zo moeten grote ondernemingen in Europa sinds 1 januari 2017 rapporteren over (onder meer) hun beleid ten aanzien van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO) en eventuele mensenrechtenschendingen waarmee zij in hun bedrijfsvoering zijn geconfronteerd, alsmede wat zij hieraan hebben gedaan.¹²⁹ Daarnaast is een verordening vastgesteld die betrekking heeft op conflictmineralen en geldt voor degenen die dergelijke mineralen invoeren in de EU. Deze verordening wordt van kracht per 1 januari

inhouden voor risico-identificatie, het voorkomen van ernstige mensenrechtenschendingen en schendingen van fundamentele vrijheden, lichamelijk letsel, milieuschade, alsmede gezondheidsrisico's die direct of indirect worden veroorzaakt door de activiteiten van het bedrijf en bedrijven die het controleert, of door subcontractanten en leveranciers waarmee een bestendige contractuele relatie bestaat. Het plan moet derhalve (i) risico's identificeren, classificeren en mitigeren; (ii) in procedures voorzien om op regelmatige basis, in overeenstemming met de vastgestelde risico's, de prestaties van dochterondernemingen, subcontractanten of leveranciers met wie een bestendige contractuele relatie bestaat te evalueren; (iii) voorzien in adequate en proportionele maatregelen om risico's te beheersen en om zwaardere mensenrechtenschendingen te voorkomen, (iv) voorzien in een waarschuwingsmechanisme dat gebruikmaakt van rapporten over bestaande risico's en dat wordt ontwikkeld in samenwerking met vertegenwoordigers van vakbonden binnen het bedrijf, en (v) voorzien in een controlemechanisme dat de effectiviteit van de genomen maatregelen bewaakt. Zie voor deze wet www.senat.fr/leg/pp114-376.html en voor een Engelse vertaling <https://business-humanrights.org/en/france-natl-assembly-adopts-law-imposing-due-diligence-on-multinationals-to-prevent-serious-human-rights-abuses-in-their-supply-chains#c152577>.

127. Zie met name de artikelen 4 en 5 en *Kamerstukken I* 2016/17, 34506, A. Het voorstel is nog aanhangig in de Eerste Kamer maar de kans is groot dat dit niet zal worden aangenomen.

128. Zie www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2017-11-14.aspx?lang=1036 en, voor een onofficiële Engelse vertaling, www.bhrinlaw.org/180508-swiss-parliament-counter-proposal_unofficial_en-translation_updated.pdf. Zie over het eerdere volksinitiatief bijvoorbeeld N. Bueno, 'The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability', in: L.F.H. Enneking et al. (eds), *Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards*, Routledge 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125672; G. Geisser, Die Konzernverantwortungsinitiative, *Aktuelle Juristische Praxis*, nr. 8, 2017, p. 943 e.v. Daarnaast kent Zwitserland al een wet die in artikel 9 private beveiligingsbedrijven (en subcontractanten), ook bij operaties in het buitenland, verplicht om mensenrechten in acht te nemen. Zie www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20122320/201509010000/935.41.pdf.

129. Richtlijn 2014/95/EU, te vinden op <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0095&from=NL>. Deze richtlijn is geïmplementeerd in artikel 2:391 lid 5 BW (*Stb.* 2016, 352).

2021 en bevat, kort gezegd, ook een *human rights due diligence*-verplichting.¹³⁰

In dat verband is voorts relevant dat er momenteel onderhandelingen plaatsvinden over een mondiaal verdrag dat het reguleren van, en aansprakelijkheid voor, mensenrechtenschendingen door internationaal opererende ondernemingen (buiten het land van hun zetel) beoogt.¹³¹

In sommige landen, zoals Nederland en Duitsland, wordt echter (voorlopig nog)¹³² vooral ingezet op vrijwillige alternatieven.¹³³ Zo heeft Nederland 13 risicosectoren opgeroepen om convenanten te sluiten over de wijze waarop de marktpartijen in deze sectoren met internationale MVO- en/of *Business and Human Rights* (BHR) thema's omgaan. Dergelijke convenanten bestaan bijvoorbeeld in de kleding- en bankensector.¹³⁴ De implementatie van het bankenconvenant wordt door een externe toezichtscommissie gecontroleerd en beide convenanten voorzien in (al dan niet bindende) klachtenmechanismen. In het kledingconvenant is de mogelijkheid tot arbitrage opgenomen als uitspraken van de geschillencommissie in geschillen tussen het secretariaat van het convenant en een

130. Verordening EU 2017/821, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8b0e378b-3c59-11e7-a08e-01aa75ed71a1/language-en/format-PDFA1A>. Deze verordening is gebaseerd op de *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, www.oecd.org/corporate/mne/GuidanceEdition2.pdf.

131. Het zogenaamde *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises*, waarvan recentelijk de zero draft is gepresenteerd. Zie daarover www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx.

132. De Duitse regering heeft bijvoorbeeld in zijn Nationale Actieplan uit 2016 aangekondigd dat, indien per 2020 niet 50% van de bedrijven met 500 of meer werknemers een *human rights due diligence* beleid heeft ontwikkeld en geïmplementeerd, zal worden bezien of een verplichting daartoe zal worden vastgesteld. Zie www.business-humanrights.org/en/3-entry-points-to-implement-the-german-national-action-plan. Duitse ngo's hebben ook al een voorstel voor een dergelijke wet gedaan. Zie <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/publication/18575.pdf>. Inmiddels heeft het Duitse Ministerie van Ontwikkelingssamenwerking ook een concepttekst voor een dergelijke wet voorbereid. Zie www.business-humanrights.org/en/german-development-ministry-drafts-law-on-mandatory-human-rights-due-diligence-for-german-companies?utm_source=Business+%26+Human+Rights+Resource+Centre+Updates&utm_campaign=4e993dfd36-EMAIL_CAMPAIGN_2019_02_11_02_39&utm_medium=email&utm_term=0_c0049647eb-4e993dfd36-182123857&mc_cid=4e993dfd36&mc_eid=444999a51a.

133. Dat neemt overigens niet weg dat deze staten blijken (de niet bindende) *Recommendation* 20 van de Raad van Ministers van de Raad van Europa uit 2016 ervoor dienen te zorgen dat bedrijven op hun grondgebied *human rights due diligence* toepassen in hun bedrijfsvoering en waardeketens. Zie daarover bijvoorbeeld Bijl. makers 2019, p. 90.

134. Zie voor het kledingconvenant www.ser.nl/-/media/ser/downloads/overige-publicaties/2016/convenant-duurzame-kleding-textiel.pdf en voor het convenant in de bankensector www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2016/dutch-banking-sector-agreement.aspx.

aangesloten bedrijf (in de visie van het secretariaat) niet worden nageleefd.¹³⁵

6.2 *Zijn mensenrechtennormen ook van toepassing op klimaatmaatregelen door bedrijven?*

Het eerder in dit preadvies besproken verband tussen klimaatverandering en mensenrechten leidt ons nu naar de vraag of de hiervoor genoemde (deels al wettelijk verankerde) mensenrechten *due diligence* meebrengt dat bedrijven ook op het terrein van het tegengaan van klimaatverandering maatregelen moeten nemen.

Interessant is dat momenteel (ook) tegen bedrijven (en financiële instellingen) al procedures aanhangig worden gemaakt om maatregelen in verband met klimaatverandering te nemen. Deze hebben overigens niet steeds een mensenrechtelijke achtergrond en zijn dan op andersoortige (zorgvuldigheids)normen gebaseerd. Inmiddels zijn er echter wel zaken aanhangig of aangekondigd die de noodzaak om maatregelen te nemen om klimaatverandering tegen te gaan, dan wel om daarover transparant te zijn, wel expliciet baseren op de UNGP of de *OECD Guidelines*. Een voorbeeld is de al eerder genoemde aangekondigde nationale rechtszaak tegen Total in Frankrijk.¹³⁶ Het verwijt aan Total is gebaseerd op de in de Franse wetgeving opgenomen verplichting een *human rights due diligence plan* (dat is gebaseerd op de UNGP en *OECD Guidelines*) op te stellen en te implementeren. Het verwijt houdt in dat Total deze verplichting schendt nu het onvoldoende maatregelen neemt om klimaatverandering tegen te gaan.¹³⁷ Ook tegen Shell is in Nederland een klimaatzaak aanhangig.¹³⁸ Buiten de nationale rechters is een klacht van onder andere Oxfam, BankTrack en Milieudefensie tegen ING bij het Nederlandse NCP aanhangig gemaakt over het achterwege blijven van een publieke rapportage van ING over de impact die haar cliënten hebben op klimaatverandering.¹³⁹ Partijen verschillen in dat verband onder meer van mening over of een dergelijke rapportage überhaupt mogelijk is, en of een dergelijke

135. Zie art. 5.4 leden 8 en 9 van het kledingconvenant.

136. Loc. cit. n. 53.

137. Zie www.climateliabilitynews.org/2018/10/25/total-oil-france-climate-change/.

138. Zie www.climateliabilitynews.org/2018/05/30/shell-climate-lawsuit-netherlands/. Zie daarover ook J. Spier, 'Private Law as a Crowbar for Coming to Grips with Climate Change?', in *Climate Change: Options and Duties under International Law*, Medelingen van de KNVIR, nr. 145, Den Haag: Asser Press, 2018, p. 46.

139. Zie de *Initial Assessment* van 14 november 2017 van de Nederlandse NCP, alsmede op de ontvankelijkheid www.ing.com/Newsroom/All-news/INGs-response-to-the-admissibility-of-a-complaint-to-the-National-Contact-Point.htm.

verplichting op de *OECD Guidelines* kan worden gebaseerd.¹⁴⁰ Het NCP heeft de klacht echter ontvankelijk geacht en te kennen gegeven dat de beoordeling van de milieu-impact die bedrijven op grond van de *OECD Guidelines* moeten uitvoeren ook het klimaat omvat, zich niet alleen uitstrekt tot de bank zelf maar ook tot zijn waardeketens en dat acceptatie van de klacht bijdraagt aan het doel van de *OECD Guidelines* en de effectiviteit daarvan verhoogt.¹⁴¹ Ook is, naar wij hiervoor al bespraken, een klimaatzaak aanhangig gemaakt tegen 47 grootste oliebedrijven bij de Filipijnse mensenrechtencommissie.

De hiervoor genoemde *OECD Guidelines* en UNGP verbinden de noodzaak om klimaatmaatregelen te nemen echter niet expliciet met de in deze raamwerken genoemde verplichting van bedrijven om mensenrechten te respecteren, hoewel dat daarin mede blijktens de hiervoor genoemde beslissing van het Nederlandse NCP wel valt te lezen.¹⁴² Het meest expliciet over dit verband is de *Expert Group on Climate Obligations of Enterprises*.¹⁴³ Zij wijzen erop dat nationale rechters mensenrechten ook al toepassen via open normen, zelfs als het gaat om *soft law*, in gevallen waarin dwingend specifiek nationaal recht ontbreekt.¹⁴⁴ Naar Nederlands recht kan men in dat verband denken aan toepassing van de Kelderluik criteria op klimaatvraagstukken.¹⁴⁵ Het gaat volgens de *Expert Group* overigens om open normen in de landen waarin bedrijven actief

140. Zie de klacht van Oxfam c.s., www.oxfamnovib.nl/Files/rapporten/2017/OECD%20complaint%20against%20ING%202017.pdf, en de reactie daarop van ING, www.ing.com/Newsroom/All-news/Reaction-to-National-Contact-Point-notification-about-ING-by-Greenpeace-BankTrack-Milieudefensie-and-Oxfam.htm, alsmede op de ontvankelijkheid www.ing.com/Newsroom/All-news/INGs-response-to-the-admissibility-of-a-complaint-to-the-National-Contact-Point.htm.

141. Zie www.oecdguidelines.nl/documents/publication/2017/11/14/publication-dutch-ncp-initial-assessment-filed-by-4-ngos-vs.-ing-bank.

142. In de literatuur vallen ook aanwijzingen te vinden voor de gedachte dat het klimaat onder de OECD Guidelines valt. Zie bijvoorbeeld H. Mulder en M. Scheltema, 'Synthesis and Further Perspectives', in: H. Mulder, M. Scheltema, S. van der Foort & C. Kwan (eds), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: a Glass Half Full, A Liber Amicorum for Dr. Roel Nieuwenkamp*, Paris: OECD, 2018, p. 15 te vinden op www.oecd.org/investment/mne/OECD-Guidelines-for-MNEs-A-Glass-Half-Full.pdf. Ook bijvoorbeeld in de op mensenrechten betrekking hebbende *Corporate Human Rights Benchmark* wordt dit verband echter niet expliciet gelegd. Zie voor deze benchmark www.corporatebenchmark.org/news.

143. Zie Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, The Hague: Eleven, 2018, p. 41 en 72 e.v., te vinden op <https://climateprinciplesforenterprises.files.wordpress.com/2017/12/enterprisesprinciples-webpdf.pdf>, onder verwijzing naar een rapport dat voor de expertgroep is opgesteld door Yale Law School, te vinden op https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/Climate_and_Human_Rights_Memo.Final.pdf. Zie p. 75 in het rapport van de *Expert Group* specifiek voor de UNGP, p. 84, 85 en 87-89 voor de OECD Guidelines, en p. 94 voor ISO 26000. Zie ook Spier, loc. cit. n. 139, p. 49-51.

144. Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *ibid.*, p. 67.

145. *Ibid.*

zijn.¹⁴⁶ Daarnaast beïnvloeden mensenrechten ook nationale en internationale normen en dat is op het terrein van het klimaat voor zover dat samenhangt met mensenrechten niet anders.¹⁴⁷ Veelal zijn in nationaal recht ook al bindende mensenrechtennormen opgenomen.¹⁴⁸ De verplichting om mensenrechten te respecteren is voor bedrijven dan ook niet optioneel.¹⁴⁹ Wel rust, mede gelet op de *OECD Guidelines* en de UNGP, op grotere (internationale) ondernemingen een grotere verantwoordelijkheid dan op kleinere.¹⁵⁰ Dit alles betekent echter niet dat de omstandigheid dat maar een kleine bijdrage wordt geleverd aan de totale uitstoot in de weg zou staan aan de reductieverplichting.¹⁵¹ Daarnaast volgt uit het verband met mensenrechten, en de in dat verband voor bedrijven relevante UNGP en *OECD Guidelines*, dat *human rights due diligence* moet worden uitgevoerd die niet ophoudt bij het bedrijf zelf maar zich tevens uitstrekt tot waardeketens, zoals ten opzichte van leveranciers en dochterondernemingen.¹⁵² In dat verband is interessant dat in artikel 4 van het Nederlandse IMVO-convenant voor verzekeraars (net als overigens in de andere convenanten) een (*human rights*) *due diligence*-verplichting is opgenomen die zich ook uitstrekt tot de waardeketens én dat in artikel 7.4 een specifiek verband wordt gelegd met klimaatverandering.¹⁵³ Daarnaast kan de verplichting dat geen excessieve uitstoot mag plaatsvinden ook worden afgeleid uit de mensenrechtenbenadering van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in verband met (geluids) overlast.¹⁵⁴ Voor bedrijven die internationaal opereren is derhalve niet zozeer een punt dat hun gehoudenheid mensenrechten te respecteren zich

146. Ibid., p. 68.

147. Vergelijk ibid., p. 82.

148. Ibid., p. 101 en 102. De *Expert Group* wijst daarnaast op het belang van aansprakelijkheids- en milieunormen in het nationale recht. Zie ibid., p. 68-78.

149. Ibid., p. 159, onder verwijzing naar de *OHCHR Interpretive Guide on the Corporate Responsibility to Respect Human Rights*, p. 11, 14 en 15, te vinden op www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf.

150. Ibid., p. 106. Dat geldt echter volgens de *Expert Group* niet voor grote ondernemingen uit landen die hun uitstootplafond nog niet halen en die ook in andere landen die boven dat plafond zitten actief zijn: voor hen geldt nog geen reductieverplichting. Zie ibid., p. 107.

151. Ibid., p. 154-158. Daarnaast zijn in ieder geval staatsbedrijven en andere overheidsorganisaties volgens de *Expert Group* gehouden mensenrechten in acht te nemen. Zie ibid., p. 81.

152. Zie Principle 17 en ibid., p. 149 en 160-166.

153. Zie voor dit convenant www.imvoconvenanten.nl/verzekeringssector/news/2018/7/verzekeringssector-maakt-afspraken.

154. EHRM 9 december 1994, AB 1996, 56, m.nt. Van der Vlies (Lopez Ostra/Spanje); EHRM 10 juli 2003, AB 2003, 445, m.nt. Woltjer (Hatton c.s./VK). De in de *Principles* 9 en 10 vastgelegde verplichting is daar ook op gebaseerd. Zie *Expert Group on Climate Obligations of Enterprises*, loc. cit. n. 144, p. 143144.

tot hun hele bedrijfsvoering en waardeketens uitstrekt, maar vooral of die zich ook uitstrekt tot (het tegengaan van) klimaatverandering.¹⁵⁵ Anders dan voor overheden geldt, is derhalve minder een probleem of bedrijven ook een (negatieve) verplichting hebben ten aanzien van (de aantasting van) zogenaamde *global commons*, voor zover deze mensenrechten-gerelateerd zijn, en actief aan het tegengaan van wereldwijde klimaatverandering zouden moeten bijdragen.¹⁵⁶ Ten aanzien van staten gaat het in het kader van reductie van uitstoot, in tegenstelling tot bedrijven, bovendien om een positieve verplichting die, naar wij hebben uiteengezet, thans niet wordt aangenomen. De *human rights due diligence* die bedrijven geacht worden uit te voeren geldt voor de gehele bedrijfsvoering inclusief de waardeketens (zowel aan de inkoop- als verkoopkant) en is daarmee nu juist niet territoriaal beperkt. Daarmee zijn overigens uiteraard niet alle problemen in verband met door bedrijven te nemen maatregelen opgelost. Zo kan de vraag worden gesteld hoe ver die waardeketens zich uitstrekken. Zien die bijvoorbeeld ook op de uitstoot die samenhangt met de door leveranciers gebruikte elektriciteit en op de uitstoot die samenhangt met de verwerking van in die waardeketens geproduceerd afval?¹⁵⁷

6.3 De toegevoegde waarde van de toepasselijkheid van mensenrechtennormen

De toepasselijkheid van mensenrechtennormen op het klimaatvraagstuk in verband met door bedrijven te nemen maatregelen zou een stimulans moeten zijn om verdergaande maatregelen te nemen (buiten het land van vestiging) dan (de meeste) bedrijven momenteel doen. Daarmee is niet gezegd dat bedrijven op dit moment (bijvoorbeeld in het kader van hun maatschappelijk verantwoord ondernemen of sustainability-beleid) niet al (veel) klimaatmaatregelen nemen. Ons punt is echter dat de tot nu toe genomen maatregelen niet toereikend zijn. Wij bezien daarom nu hoe additionele (juridische) prikkels gevonden zouden kunnen worden om het nemen van verdergaande maatregelen door bedrijven te stimuleren. In dat verband is van belang dat het klimaatvraagstuk bij uitstek een niet territoriaal begrensd probleem is. Desalniettemin bestaat er geen globale entiteit (met doorzettingsmacht) die verantwoordelijk is voor het beheersen en tegengaan van klimaatverandering. Klimaatverandering wordt dus nog steeds voornamelijk territoriaal aangepakt, zij het dat zoals eerder in dit

155. Zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet, is die gehoudenheid deels verankerd in wetgeving maar deels ook niet. Voor zover dat niet het geval is, is de afdwingbaarheid van het nemen van maatregelen lastiger. Vergelijk Spier, loc. cit. n. 139, p. 44.

156. Zie over dit probleem voor staten bijvoorbeeld D. Bodansky, J. Brunnee and L. Rajamani, *International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2017, p. 51 en 52.

157. Zie bijvoorbeeld Spier, loc. cit. n. 139, p. 39.

preadvies besproken op dit punt wel verdragen zijn gesloten, zoals het Kyoto Protocol en het Akkoord van Parijs.¹⁵⁸ Daarin zijn echter reductiedoelstellingen voor landen opgenomen en wordt niet voorzien in een bredere samenwerking tussen landen, bijvoorbeeld om de uitstoot van wereldwijd opererende bedrijven te beheersen. Ook de in de vorige paragraaf besproken *Principles on Climate Obligations of Enterprises* haken aan bij deze territoriale benadering via reductieverplichtingen van landen op grond van de (door een deels andere *Expert Group* opgestelde) *Oslo Principles*.¹⁵⁹

Aan klimaatverandering gerelateerde mensenrechten zouden kunnen helpen om deze territoriale benadering in te ruilen voor een effectiever alternatief. Uitgangspunt van de in dit verband voor bedrijven opgestelde mensenrechtenkaders in de UNGP en de *OECD Guidelines* is nu immers juist dat zij hun verantwoordelijkheid voor het respecteren van mensenrechten in hun bedrijfsvoering in dat verband niet kunnen beperken tot het land waarin hun zetel is gevestigd. Deze geldt voor hun gehele bedrijfsvoering inclusief waardeketens en dochterondernemingen en is daarmee dus nu juist niet territoriaal begrensd. In dat verband zijn ook relevant de hiervoor al genoemde onderhandelingen over een mondiaal verdrag dat het reguleren van, en aansprakelijkheid voor, mensenrechtenschendingen door internationaal opererende ondernemingen (buiten het land van hun zetel) beoogt.¹⁶⁰ In de zero draft van dit verdrag wordt die verantwoordelijkheid bevestigd. De zojuist genoemde mensenrechtenaanpak die ziet op de activiteiten van de gehele onderneming (in bredere zin) zonder die territoriaal te begrenzen, is gelet op het transnationale karakter van het klimaatprobleem daarom effectiever, zeker waar het gaat om grote internationaal opererende ondernemingen met een aanzienlijke bijdrage aan de wereldwijde uitstoot. De mensenrechtenbenadering biedt in dit verband dus voordelen boven bijvoorbeeld milieu- en klimaatregelgeving die veelal nog nationaal (of op EU-niveau) is georiënteerd en wordt geïmplementeerd.¹⁶¹ Daar komt bij dat mensenrechtennormen voor bedrijven internationaal breder worden gedragen en aanvaard zijn dan uitstootreductieverplichtingen.¹⁶² Ook daarom kunnen mensenrechtennormen een strin-

158. Zie daarover bijvoorbeeld Bodansky, Brunnee en Rajamani, loc. cit. n. 157, p. 160 e.v. en 209 e.v.

159. Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 136 en 137. Zie voor de *Oslo Principles* https://law.yale.edu/system/files/area/center/schell/oslo_principles.pdf. Deze Principles bevatten overigens ook al (rudimentaire) reductieverplichtingen voor bedrijven.

160. Zie daarover www.ohchr.org/en/hrbodies/hrc/wgtranscorp/pages/igwgontnc.aspx.

161. Zie voor Nederland bijvoorbeeld het recentelijk gewijzigde initiatiefwetsvoorstel voor de Klimaatwet, *Kamerstukken I* 2018/19, 34534, A. Zie voor de EU bijvoorbeeld de klimaatdoelstellingen van de Europese Commissie https://ec.europa.eu/clima/citizens/eu_nl.

162. Zo werden bijvoorbeeld de UNGP unaniem door de Mensenrechtenraad van de VN ondersteund.

gentere en minder territoriaal georiënteerde klimaataanpak helpen ondersteunen.

Specifiek voor het door de *Expert Group* gesignaleerde probleem van investeringsverdragen¹⁶³ is relevant dat (in ieder geval in theorie) is aanvaard dat ook bedrijven verplichtingen kunnen hebben die voortvloeien uit het internationale recht, inclusief mensenrechten, indien zij zich beroepen op onder dergelijke verdragen aan hen geboden bescherming. Uitgangspunt van investeringsverdragen is dat deze asymmetrische bescherming bieden, dat wil zeggen dat zij alleen de investerende onderneming beschermen en zijn georiënteerd op verplichtingen van staten ten opzichte van ondernemingen. In de zogenaamde Urbaser-zaak heeft een arbitraal tribunaal echter (in verband met een tegenvordering van Argentinië wegens een door de investeerder Urbaser gepleegde mensenrechtenschending) erkend dat ook op investerende ondernemingen verplichtingen kunnen rusten die zijn gebaseerd op internationaal recht, inclusief mensenrechten.¹⁶⁴ Hoewel in eerdere arbitrale uitspraken is overwogen dat op ondernemingen geen verplichtingen rusten op grond van het internationale recht, achtte het tribunaal die benadering in deze zaak achterhaald en niet meer relevant.¹⁶⁵ Het overwoog dat, als een investeerder bescherming onder internationaal recht inroept, zij ook dient te accepteren dat zij onderworpen is aan internationaal recht.¹⁶⁶ Hieruit blijkt dat ondernemingen verplichtingen kunnen hebben onder internationaal recht.¹⁶⁷ Het is niet ondenkbaar dat ook de internationale kaders zoals de UNGP en de *OECD Guidelines* deze verplichting van bedrijven onder internationaal recht kunnen invullen.¹⁶⁸ Indien immers sprake is van een mensenrechten-

163. Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 127.

164. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case Nr. Arb/07/26, Final Award, 8 December 2016, te vinden op www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf. Zie over deze zaak bijvoorbeeld ook K. Crow and L. Lorenzoni Escobar, 'International Corporate Standards, Human Rights, and the Urbaser Standard', *Beträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, heft 144, te vinden op <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20144.pdf>.

165. Urbaser uitspraak, *ibid.*, onder 1194.

166. Urbaser uitspraak, *ibid.*, onder 1195. Deze uitspraak is echter bekritiseerd omdat het verschil tussen staten en private ondernemingen in verband met gebondenheid aan internationaal recht zou zijn miskend. Zie daarover bijvoorbeeld Crow and Escobar, loc. cit. n. 165, p. 12 en 13. De door het Tribunaal gevolgde benadering lijkt overigens wel besloten te liggen in een aanbeveling van de VN. Zie 'Note by the Secretary-General: Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises', *UN Doc. A/72/162*, 18 July 2017, p. 24.

167. Enige basis voor een dergelijke verplichting kan wellicht worden gevonden in mensenrechtenverdragen. Zie daaromtrent Crow en Escobar, *ibid.*, p. 13 en 14. Die verplichtingen zien echter veelal meer op individuen dan op ondernemingen. Het internationale strafrecht zou in dit verband overigens ook nog een rol kunnen spelen. Zie Crow en Escobar, *ibid.*, p. 15.

168. Crow en Escobar, *ibid.*, p. 22 en 23.

schending door het niet nemen van (klimaat)maatregelen zou dat een reden kunnen zijn om bescherming aan de investeerder te onthouden en daarmee indirect het nemen van dergelijke maatregelen te stimuleren. Op die manier kan de toepasselijkheid van mensenrechtennormen inderdaad het door de Expert Group gewenste resultaat bewerkstelligen.

De conclusie is dat de mensenrechtenbenadering zoals die in de hiervoor genoemde internationale kaders is opgenomen (en deels is verankerd in wetgeving) meebrengt dat bedrijven klimaatmaatregelen moeten nemen. Er bestaan op het terrein van mensenrechten kaders voor bedrijven die een internationale benadering voorschrijven (en dus niet territoriaal zijn georiënteerd), die internationaal (door de VN-Mensenrechtenraad) zijn onderschreven en die onder omstandigheden verplichtingen voor bedrijven kunnen meebrengen, zelfs als deze niet in nationale wetgeving zijn verankerd. Het is daarom zinvol deze kaders toe te passen op de klimaatreductieverplichtingen van bedrijven voor zover die met mensenrechtenschendingen in verband kunnen worden gebracht. Naar hiervoor is uiteengezet, bestaat er een duidelijk verband tussen mensenrechtenschendingen en klimaatverandering. Dat neemt echter niet weg dat het niet gemakkelijk zal zijn om specifieke mensenrechtenschendingen te koppelen aan de uitstoot of het nalaten van klimaatmaatregelen door een specifiek bedrijf, al lijkt dat ook niet zonder meer uitgesloten. Toch is een dergelijke koppeling ook niet per se noodzakelijk als het gaat om preventieve maatregelen. De UNGP en *OECD Guidelines* bepalen immers niet alleen dat bedrijven een *remedy* moeten bieden als er sprake is van mensenrechtenschendingen die zij hebben veroorzaakt of waaraan zij hebben bijgedragen, maar ook dat zij *human rights due diligence* moeten uitvoeren ter voorkoming van mensenrechtenschendingen. Gelet op het verband tussen klimaatverandering en mensenrechtenschendingen, valt te betogen dat *human rights due diligence* ook zou moeten zien op het voorkomen van mensenrechtenschendingen door klimaatverandering. De UNGP en *OECD Guidelines* stellen in dat verband ook niet de beperking dat het moet gaan om mensenrechtenschendingen die het bedrijf dreigt te veroorzaken of waaraan het dreigt bij te dragen, zolang de dreigende schendingen maar direct aan de bedrijfsvoering kunnen worden gerelateerd.

Het lijkt ook minder verstandig om, zoals de *Expert Group* doet,¹⁶⁹ de reductieverplichtingen van (internationaal opererende) bedrijven te kop-

169. De door de *Expert Group* vastgestelde verplichtingen zijn op grond van de beginselen 2 en 3 immers gekoppeld aan de reductieverplichting op basis van de hiervoor aangehaalde *Oslo Principles* van landen waar hun zetel is gevestigd. Zie daarover ook Spier, loc. cit. n. 139, p. 38 en 39. Dat geldt echter volgens de *Expert Group* overigens niet voor grote ondernemingen uit landen die hun uitstootplafond nog niet halen en die ook in andere landen die boven dat plafond zitten actief zijn: voor hen geldt nog geen reductieverplichting. Zie *Expert Group on Climate Obligations of Enterprises*, loc. cit. n. 144, p. 107. Het is echter de vraag of niet voor alle ondernemingen op dit punt een gelijk speelveld zou moeten bestaan.

pelen aan de reductieverplichtingen van de landen waar hun zetel is gevestigd en daarmee een territoriale benadering te volgen. In dat verband is het uitgangspunt (ook van de *Expert Group*) dat de door staten en supranationale organisaties als de EU in regelgeving vastgelegde reductieverplichtingen voor bedrijven (vooralsnog) ontoereikend zijn om onder de 2°C-grens te blijven, en dat additionele reductieverplichtingen voor (internationaal opererende) bedrijven noodzakelijk zijn. Ten aanzien van dergelijke internationaal opererende bedrijven ligt het meer voor de hand een internationale aanpak te volgen en hun reductieverplichtingen dus niet te baseren op reductieverplichtingen van landen waarin hun zetel is gevestigd.

Dit alles roept de vraag op hoe die reductieverplichtingen van bedrijven dan zouden moeten worden bepaald. Het ligt het meest voor de hand hiervoor aansluiting te zoeken bij de eerder geschetste mensenrechtenbenadering (*human rights due diligence*) die ziet op de gehele bedrijfsvoering van een (internationaal opererende) onderneming, inclusief de waardeketen en dochterondernemingen, en die niet territoriaal is beperkt. Voorts kan ook het uitgangspunt dat mensenrechtenschendingen zoveel mogelijk moeten worden voorkomen en het verband tussen mensenrechtenschendingen en klimaatverandering meebrengen dat het nemen van klimaatreductiemaatregelen niet vrijblijvend is.¹⁷⁰ Daarbij moet de nadruk derhalve meer liggen op preventieve maatregelen (met name reductie/mitigatie maar mogelijk ook adaptatie) dan op het verschaffen van een remedie als een schending heeft plaatsgevonden (hetgeen ook onderdeel is van *human rights due diligence*).¹⁷¹ Het aantonen dat een bedrijf heeft bijgedragen aan schade door klimaatverandering (die bijvoorbeeld door een orkaan is veroorzaakt) elders in de wereld zal in het algemeen lastig zijn.¹⁷² Bovendien kan deze schade heel omvangrijk en divers zijn en mogelijk ook niet voor vergoeding in aanmerking komen (bijvoorbeeld omdat deze te ver in de toekomst ligt of te onzeker is).¹⁷³

De daadwerkelijke vormgeving van deze versie van *human rights due diligence* kan het beste plaatsvinden door middel van internationale samenwerking tussen bedrijven, overheden en non-gouvernementele organisaties, nu niet op korte termijn overeenstemming tussen staten valt te verwachten over bindende reductieverplichtingen voor bedrijven die

170. In dat verband is het uitgangspunt bovendien dat de vervuiler betaalt. Zie bijvoorbeeld Spier, loc. cit. n. 139, p. 48.

171. Vergelijk Spier, *ibid.*, p. 46, 47 en 62. Zie voorts voor een interessant initiatief van het *World Economic Forum* dat 8 beginselen formuleerde die het bestuur van ondernemingen in de organisatie kan inbedden om maatregelen tegen klimaatverandering te faciliteren. Deze zijn te vinden op www.weforum.org/whitepapers/how-to-set-up-effective-climate-governance-on-corporate-boards-guiding-principles-and-questions.

172. Zie ook Spier, loc. cit. n. 139, p. 56-59.

173. Zie daarover Spier, *ibid.*, p. 54, 55, 57, 61 en 62.

toereikend zijn om onder de 2°C-grens te blijven. Bedrijven alleen zijn bovendien vaak niet, of minder goed, in staat om effectieve maatregelen te nemen die (merkbare) invloed hebben op het tegengaan van klimaatverandering of de adaptie daaraan, zeker waar in een sector structurele belemmeringen bestaan om die te implementeren (zoals een korte in plaats van de benodigde meer lange termijn oriëntatie van aandeelhouders, investeerders en de markt). Bovendien kan samenwerking niet alleen leiden tot het wegnemen van drempels maar ook tot het ontwikkelen van gezamenlijke *best practices* die de reductie of adaptatie vergroten, respectievelijk versterken en kan een level playing field worden gecreëerd. Daarnaast zouden overheden de effectiviteit van dergelijke initiatieven kunnen vergroten door de deelname aan, en implementatie ervan, te stimuleren en expertise ter beschikking te stellen (al dan niet als deelnemer aan het initiatief). Ook dat vergroot de impact ten opzichte van door individuele bedrijven te nemen maatregelen. Dergelijke initiatieven lijken in ieder geval op korte termijn ook effectiever dan het afwachten of nationale rechters, bijvoorbeeld in aansprakelijkheidszaken,¹⁷⁴ open (zorgvuldigheids- of mensenrechten)normen gaan invullen met bijvoorbeeld de door de *Expert Group* opgestelde beginselen, of dat overheden die in wetgeving gaan opnemen (waarbij bovendien de vraag is of die de internationale bedrijfsactiviteiten in brede zin kunnen reguleren), of in een wereldwijd verdrag. In dat verband is een complicatie dat dergelijke internationale initiatieven ook niet zonder meer onderdeel uitmaken van een nationale rechtsorde en daarmee de invulling van nationale open normen met deze regels ook geen gegeven is. Zo heeft de Hoge Raad op een ander terrein (franchising) bepaald dat de Europese Erecode inzake Franchising niet zonder meer als de in Nederland levende rechtsovertuiging als bedoeld in art. 3:12 BW kan worden aangemerkt.¹⁷⁵ De *Expert*

174. Vergelijk Spier, *ibid.*, p. 63. De normen die door de *Expert Group* zijn opgesteld zeggen echter niets over aansprakelijkheid van bijvoorbeeld adviseurs van bedrijven en investeerders in bedrijven. Zie *Expert Group on Climate Obligations of Enterprises*, loc. cit. n. 144, p. 97. Wel gebeurt dat in Spier, *ibid.*, p. 45, 46 en 66, die in dat verband overigens de nodige problemen signaleert in het kader van een bevel of verbod maar dit wel de meest belovende vorm acht. Zie verder voor de mogelijkheden van een bevel of verbod dan wel schadevergoeding bij het niet naleven van reductieverplichtingen door bedrijven Spier, *ibid.*, p. 44 e.v.

175. HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1696.

Group zelf lijkt zich echter vooral daarop te baseren omdat hij weliswaar onderkent dat onzeker is of de normen juridisch bindend zijn, maar zeker na verloop van tijd en met het verergeren van de gevolgen niet valt uit te sluiten dat dit het geval zal worden.¹⁷⁶ Ook ziet de *Expert Group* de normen als een bron van inspiratie voor wetgevers en als een uitwerking van het voorzorgsbeginsel.¹⁷⁷ Op kortere termijn lijkt de hiervoor bedoelde internationale samenwerking in beginsel echter effectiever dan het wachten totdat rechters dergelijke normen gebruiken ter invulling van (open aansprakelijkheids)normen of deze in regelgeving zijn geïmplementeerd. Daar komt bij dat de koppeling aan reductieverplichtingen van landen, waarover geen overeenstemming bestaat, het vaststellen van reductieverplichtingen voor bedrijven verder compliceert.

Al met al lijkt internationale samenwerking in (effectieve) multistakeholder initiatieven in ieder geval op korte termijn het meest effectief om de benodigde fundamentele wijziging van markten te bewerkstelligen.¹⁷⁸ Het niet meedoen aan dergelijke initiatieven, of het wel meedoen maar niet naleven ervan, kan ook consequenties hebben, bijvoorbeeld voor de reputatie van een bedrijf of wellicht zelfs in de vorm van (tijdelijke)

176. Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 38 en 39. Een additioneel probleem is dat de reductieverplichtingen van bedrijven voortbouwen op de *Oslo Principles* (die reductieverplichtingen voor staten inhouden) die volgens de opstellers boven internationale en nationale verplichtingen van overheden gaan. Dat laatste lijkt echter lastig aan te nemen. Zie bijvoorbeeld I. Giessen, 'Van Tilburg via Wenen naar Oslo: De Oslo Principles en de Impact van 'Softe' Reguleringinitiatieven in het Aansprakelijkheidsrecht', in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *De Spier-Bundel: De Agenda van het Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 35-49 op 44-46.

177. Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 40, 59, 60 en 86.

178. Zie ook J. Pinkse en A. Kolk, 'Addressing the Climate Change-Sustainable Development Nexus: The Role of Multistakeholder Partnerships', *Business & Society*, vol. 51, nr. 1, 2012, p. 176-210 op 184. Ook de *Expert Group* ziet het nut van (bindende) multistakeholderinitiatieven. Zie Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 85. Dit wordt ook op nationaal niveau onderkend bijvoorbeeld in de Nederlandse klimaatafzets en in het VK. Zie P.A. Boot, 'Ervaring met Klimaatwetten in andere Europese landen', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 39-54 op 47. Zie voorts Cambridge Institute for Sustainability Leadership and Ecofys, *Better Partnerships, Understanding and Increasing the Impact of Private Sector Cooperative Initiatives*, August 2015, p. 18, te raadplegen via www.cisl.cam.ac.uk/resources/publication-pdfs/better-partnerships-understanding-and-increasing-the-impact-of-private-sector-cooperative-initiatives, waarin uit onderzoek naar dergelijke multistakeholderinitiatieven blijkt dat deze kunnen bijdragen aan de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen en waarin ook hun internationale aanpak wordt genoemd als een succesfactor.

consumentenboycots of in verband met de loyaliteit van werknemers.¹⁷⁹ Ook overheden moeten een (belangrijke) rol spelen om dergelijke initiatieven te stimuleren, bijvoorbeeld door middel van wetgeving, subsidies, fiscale voordelen en in aanbestedingen.¹⁸⁰ Daarnaast kunnen ook investeerders en banken een rol spelen om deelname aan dergelijke initiatieven te stimuleren.

Gelet op de hiervoor besproken ondersteunende rol die mensenrechten *due diligence* op het terrein van het klimaat kan hebben, ligt het opzetten van, of aansluiten bij, initiatieven die zich (mede) daarop richten voor de hand.¹⁸¹ Het meedoen aan dergelijke (breed gedragen) initiatieven heeft bovendien het voordeel dat bedrijven gemakkelijker aan bijvoorbeeld investeerders kunnen uitleggen waarom zij klimaatmaatregelen nemen.¹⁸² Meer in algemene zin kunnen dergelijke initiatieven ook sturing geven aan de bedrijven ten aanzien van de te nemen maatregelen en de wijze waarop deze kunnen worden geïmplementeerd. Bovendien kunnen deze de samenwerking tussen bedrijven en andere partijen, zoals ngo's en overheden, stimuleren, hetgeen ook tot een effectievere aanpak kan leiden.¹⁸³

Of dergelijke private of multistakeholderinitiatieven (toereikende) klimaatreductienormen kunnen vaststellen en handhaven valt of staat uiteraard met de effectiviteit van dergelijke private of multistakeholderinitiatieven in het vaststellen en handhaven van klimaatmaatregelen en uitstootreductieverplichtingen.¹⁸⁴

179. Zie bijvoorbeeld M.W. Scheltema, 'Assessing Effectiveness of International Private Regulation in the CSR Arena', *Richmond Journal of Global Law & Business*, vol. 13, nr. 2, 2014, p. 263-375 op 360. Vergelijk ook Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 91, 92 en 94 in verband met het niet naleven van de door hem opgestelde normen.

180. In dat verband is van belang dat de Nederlandse Rijksoverheid op een aantal terreinen, waaronder IT en kleding, in aanbestedingen *human rights due diligence* eist. Voor zover klimaatmaatregelen ook aan *die human rights due diligence* kunnen worden gekoppeld, kan daarin een mogelijkheid worden gevonden om dergelijke initiatieven te stimuleren.

181. De *Expert Group* wijst in dat verband ook op de UN Global Compact, zie Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 93. Zie voor de Global Compact www.unglobalcompact.org/.

182. Vergelijk Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *ibid.*, p. 40.

183. De Nederlandse IMVO-convenanten zijn een voorbeeld van die aanpak, zij het dat die, behoudens het verzekeringsconvenant, (nog) niet gericht zijn op klimaatmaatregelen.

184. Zie voor een analyse van initiatieven in de financiële sector E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, 'Addressing Climate (Liability) Risks in the Financial Sector', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, C.J.H. Jansen & B.A. Schuijling (eds), *Sustainability and Financial Markets*, Law of Business and Finance Series, vol. 17, Deventer: Wolters Kluwer, 2019, chapter 4, par. 4.

6.4 Effectiviteit van private en multistakeholderklimaatinitiatieven in het algemeen

Een belangrijke vraag die zich in dit verband voordoet is hoe de effectiviteit van de hierboven bedoelde multistakeholder- (of private) initiatieven kan worden bepaald. Onderzoek daarnaar heeft nog geen eenduidige definitie of benadering opgeleverd.¹⁸⁵ Effectiviteit kan onder meer vanuit juridisch perspectief worden beschouwd, bijvoorbeeld door de specificiteit en controleerbaarheid van normen te evalueren, te bezien of de naleving wordt gecontroleerd en afgedwongen, of door de wijze waarop geschillen worden opgelost te analyseren. Men kan ook kijken naar de praktische impact van dergelijke initiatieven, bijvoorbeeld in verband met kosten van implementatie, de verbetering van klimaatneutraliteit, de wijze waarop de governance van het initiatief is geregeld of de wijze waarop belanghebbenden bij het initiatief worden betrokken. De *International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance* (ISEAL) betreft deze aspecten bijvoorbeeld in haar (meta)standaard voor landbouwinitiatieven die standaarden ontwikkelen.¹⁸⁶ Daarnaast is een specifiek evaluatie-instrument ontwikkeld door het *Institute for Multi-Stakeholder Initiative Integrity* (MSI Integrity) om de effectiviteit van multistakeholderinitiatieven op het terrein van *business and human rights* te evalueren.¹⁸⁷ Nu, zoals eerder uiteengezet, juist de mensenrechtenaanpak hier een nuttige bijdrage kan leveren voor het adresseren van klimaatverandering, is ook de evaluatie van de effectiviteit van initiatieven op het gebied van klimaat langs deze lijn een voor de hand liggende.

Het is echter ook nuttig langer bij effectiviteit van multistakeholderinitiatieven in algemene zin stil te staan, gelet op de uitdagingen die de hiervoor besproken multistakeholder (multilevel)aanpak met zich brengt. In dat verband gaan wij nu eerst wat dieper in op de hiervoor genoemde aspecten van effectiviteit, en daarna op klimaatinitiatieven.¹⁸⁸ De hierna gepresenteerde criteria zijn gebaseerd op criteria die in de literatuur en in

185. Zie bijvoorbeeld Scheltema, loc. cit. n. 180.

186. Zie de ISEAL code of good practice for setting environmental and social standards 2014, te vinden op www.isealliance.org/sites/default/files/resource/2017-11/ISEAL_Standard_Setting_Code_v6_Dec_2014.pdf. ISEAL heeft ook een instrument ontwikkeld om de impact van dergelijke standaarden te analyseren. Zie de ISEAL *Code of Good Practice for Assessing Impacts of Social and Environmental Standard Systems* 2014, te vinden op www.isealliance.org/sites/default/files/resource/2017-11/ISEAL_Impacts_Code_v2_Dec_2014.pdf.

187. Zie de MSI *Evaluation Tool* 2017, te vinden op www.msi-integrity.org/wp-content/uploads/2017/11/MSI_Evaluation_Tool_2017.pdf.

188. De navolgende paragrafen 5.2-5.5 zijn gebaseerd op M.W. Scheltema, 'Transnationale Private Normen in het Bestuursrecht', in: *Hybride Bestuursrecht: Preadviezen*, VAR Vereniging voor Bestuursrecht, 2016, Den Haag: Boom, p. 124 e.v.

beleidsdocumenten van bijvoorbeeld de Europese Commissie en de Nederlandse overheid zijn terug te vinden.¹⁸⁹

Duidelijke normen, kenbaarheid, doel en handhaafbaarheid

Een eerste aspect is of een initiatief duidelijke, kenbare en handhaafbare normen bevat. Zo moet worden bijgedragen aan het adresseren van klimaatverandering, en dient het initiatief ook duidelijke (en meetbare) doelstellingen daaromtrent te bevatten.¹⁹⁰ In dat verband is relevant met welk doel transnationale private regulering (TPR), die vaak onderdeel uitmaakt van dergelijke initiatieven, tot stand is gekomen.¹⁹¹ Het kan zijn dat TPR alleen bestaande *best practices* codificeert en ertoe dient om met betrokkenen te bespreken hoe die het best kunnen worden geïmplementeerd.¹⁹² In dit verband moet worden bedacht dat multistakeholderinitiatieven vaak beter werken om marktdeelnemers nieuwe activiteiten te laten ontplooiën dan om bestaande activiteiten in te perken. Bij voldoende externe druk (van de markt of publieke toezichthouders) lijkt dat laatste echter wel mogelijk.¹⁹³ Verder is van belang of de normen voldoende duidelijk en specifiek (zodat een marktpartij begrijpt wat op grond van deze normen precies moet gebeuren), naleefbaar (als de regels te ingewikkeld zijn en naleving onevenredig veel tijd kost in verhouding tot de relevantie neemt de naleefbaarheid af), kenbaar, handhaafbaar, niet onderling strijdig en niet overmatig zijn.¹⁹⁴ In dat verband is onder meer van belang dat voldoende specifieke en objectiveerbare standaarden bestaan

189. Zie voor literatuurverwijzingen bijvoorbeeld Scheltema, *ibid.*, p. 122-130 en voor de Nederlandse beleidsdocumenten p. 107 en 108. Zie voorts voor de (inmiddels niet meer beschikbare) Europese Whitepaper Scheltema, *ibid.*, p. 102, 103 en 107-114.

190. Vergelijk ook P.M. Paiement, *Voluntary Sustainability Standards: Regulating and Coordinating in Transnational Law*, doctoral thesis, Tilburg University, 2015, p. 197; P. Pattberg en O. Widerberg, 'Transnational Multistakeholder Partnerships for Sustainable Development: Conditions for Success', *Ambio*, vol. 45, nr. 1, 2016, p. 47-48. Zie ook Cambridge Institute for Sustainability Leadership and Ecofys, loc. cit. n. 179, p. 2. Zo blijkt RSPO, een initiatief op het gebied van duurzame palmolie, bij te dragen aan de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen. Zie Paiement, *ibid.*, p. 135. Hij constateerde overigens dat dit initiatief beter is geslaagd in het oplossen van nieuwe uitdagingen (vermindering broeikasgassen) dan in het adresseren van (al lang) bestaande problemen. Zie Paiement, *ibid.*, p. 146.

191. Zie omtrent dit begrip bijvoorbeeld Scheltema, loc. cit. n. 189, pp. 91-96.

192. Zie de hiervoor al genoemde SEAL *Code of Good Practice* (version 6.0), te raadplegen op: www.isealalliance.org/sites/default/files/resource/2017-11/ISEAL_Standard_Setting_Code_v6_Dec_2014.pdf.

193. Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Paiement, loc. cit. n. 191, p. 54 en 196.

194. Vergelijk Pattberg en Widerberg, loc. cit. n. 191, p. 47; D. Matisoff, 'Sources of Specification Errors in the Assessment of Voluntary Environmental Programs: Understanding Program Impacts', *Journal of Policy Science*, vol. 48 nr. 1, p. 109-126 op 112. Zie ook in het kader van

die eenduidig kunnen worden geoperationaliseerd.¹⁹⁵ Ook is de aanwezigheid van voldoende deskundigheid binnen het multistakeholderinitiatief van belang.¹⁹⁶ Daarnaast is relevant of normen regelmatig worden geëvalueerd en worden aangepast, zodat een blijvende verbetering van bijvoorbeeld het niveau van duurzaamheid mogelijk is.¹⁹⁷ Wanneer immers langere tijd aan dezelfde normen wordt vastgehouden, ontstaat het risico dat die onvoldoende zijn ingericht om nieuwe ontwikkelingen te adresseren.

Daarnaast dienen de indicatoren, standaarden en monitoring zoals die in het initiatief zijn bepaald aan te sluiten bij de daadwerkelijk in de sector bestaande klimaatrisico's. Anders zal de voorgeschreven mensenrechten *due diligence* immers niet bijzonder effectief zijn. Naarmate de discrepantie tussen deze standaarden en de in de sector bestaande klimaatrisico's groter is, neemt de effectiviteit af.¹⁹⁸ In verband met het vorenstaande is van belang hoe binnen het multistakeholderinitiatief wordt omgegaan met nog niet bekende risico's.¹⁹⁹ Hier lijkt vooral relevant te zijn hoe de cultuur binnen de aangesloten partijen is, en in hoeverre het initiatief is gericht op doorlopende verbetering, monitoring en evaluatie. Daarvoor kan het helpen om trainingen en/of congressen te organiseren met de deelnemende partijen om problemen en successen te bespreken.²⁰⁰ Daarnaast moet het initiatief sturen op de goede maatregelen om klimaatverandering tegen te gaan, en moet er op worden gelet dat het initiatief niet te veel aandacht geeft aan koplopers in een bepaalde markt in plaats van aan minder goed presterende partijen die daarbij eveneens zijn aangesloten.

In verband met handhaafbaarheid is van belang dat de standaarden ook daadwerkelijk kunnen worden afgedwongen. Dat wil zeggen dat de private autoriteit afdwingmacht heeft en ook daadwerkelijk effectief optreedt, alsmede dat voldoende afschrikwekkende sancties bestaan (in gevallen waarin het initiatief ook beoogt om bepaalde normen te implementeren en

publiek toezicht M.A. de Bree, *Private Barging van Regelnaleving in het Omgevingsrecht*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu, juni 2013, p. 21 en 43. Dergelijke eisen van duidelijkheid en transparantie vloeien ook uit het EVRM voort. Handhaafbaarheid speelt uiteraard alleen een rol indien een initiatief daar ook op is gericht. Dat geldt bijvoorbeeld niet voor initiatieven met een loutere signaalfunctie.

195. J.K. Helderma & M.E. Honingh m.m.v. S. Thewissen, *Systeemtoezicht: Een Onderzoek naar de Conditie en Werking van Systeemtoezicht in Zes Sectoren*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie (WODC) en de interdepartementale werkgroep Handhaving en Gedrag, 2009, p. 10 en 12.

196. Zie voor bestaande MVO-initiatieven Scheltema, loc. cit. n. 180, p. 318-341 en 371-375 waarin de criteria van de tweede categorie verder worden uitgewerkt.

197. Zie ook Paiement, loc. cit. n. 191, p. 43.

198. Vgl. Helderma & Honingh, loc. cit. n. 196, p. 12.

199. Vgl. Helderma & Honingh, *ibid.*, p. 78.

200. De overheid zou dat overigens ook kunnen stimuleren of daar zelfs in kunnen participeren.

te sanctioneren).²⁰¹ In dat verband moet worden bedacht dat Nederlandse publieke toezichthouders in het algemeen niet de bevoegdheid hebben om op internationaal niveau (te controleren en) te sanctioneren en daarmee private sancties effectiever kunnen zijn. Zo geeft het naleven van standaarden op het gebied van duurzaamheid, arbeidsomstandigheden en mensenrechten in een aantal gevallen het recht om op een product een bepaald (eco)label te voeren. Voorbeelden zijn *UTZ Certified/Rainforest* en *Fairtrade*. Een dergelijk ecolabel is een merkrecht en indien niet meer aan de normen voor certificering wordt voldaan vervalt het recht om dit merk nog (langer) te voeren. Wanneer dat toch gebeurt, kan door middel van de internationaal goed geregelde vorderingen gebaseerd op inbreuk op het merkrecht in bijna alle landen op de wereld worden geageerd.²⁰² Daarmee beschikt de private toezichthouder in internationaal verband in ieder geval in theorie over effectievere afdwingmacht dan een nationale toezichthouder.²⁰³ Voor zover binnen een initiatief onderzoek wordt gedaan naar nog niet bekende risico's ligt, als die risico's inderdaad worden gevonden, private sanctionering minder voor de hand als vervolgens adequate maatregelen worden genomen om die risico's in te dammen.²⁰⁴ Wel zou een multistakeholderinitiatief moeten eisen dat degenen die de standaarden hebben geïmplementeerd bij het beginnen met nieuwe activiteiten adequaat onderzoek doen naar de daaraan verbonden klimaatrisico's.²⁰⁵ Als er

201. Vergelijk Pattberg en Widerberg, loc. cit. n. 191, p. 48. Soms kan de feitelijk bindende kracht van die normen groot zijn als het initiatief breed wordt gedragen en soms minder wanneer zij slechts het begin van een ontwikkeling markeert. Vgl. voor nationale private regulering Vranken, Jan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Algemeen Deel, Deventer: Kluwer 2005, nr. 87. Vergelijk ook voor de Nederlandse klimaatkkoorden, W. Sorgdrager, 'Een Klimaatbijeekkomst bij de Raad van State', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeekkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 11-27 op 23.

202. Zie daarover verder Scheltema, loc. cit. n. 180, p. 330. In Australië kunnen ecolabels (zoals Fair Trade en FSC) worden geregistreerd als een collectieve mark, waarbij een publieke entiteit controleert of de private standaarden voldoen aan de door deze publieke entiteit gestelde (milieu)eisen. Zie A. Martinez Gandara, *The Law and Economics of Eco-Labels*, doctoral thesis, Erasmus University Rotterdam, 2013, te raadplegen op <http://repub.eur.nl/pub/39832>, p. 215 en 216.

203. Uiteraard dient de private toezichthouder dan wel over voldoende financiële middelen te beschikken om een dergelijke internationale actie op touw te zetten.

204. Vgl. Helderma & Honingh, loc. cit. n. 196, p. 81.

205. Vgl. Helderma & Honingh, *ibid.*, p. 83. In dat verband is van belang dat het lerend effect van publieke systemen niet per se beter is dan dat van TPR. Dat hangt onder meer af van de uitvoering van het systeem en de deelnemers. Zo zal een intrinsiek gemotiveerde deelnemer in TPR vaak meer geneigd zijn door dat private systeem voorgeschreven verbeteringen door te voeren (nu dat meer wordt gezien als een eigen prestatie waarmee men zich in een aantal gevallen ook kan onderscheiden in de markt) dan een verbetering die onder dreiging van een last onder dwangsom wordt afgedwongen (en waarmee men zich niet in positieve zin kan onderscheiden).

transparantie is over de wijze waarop de standaarden worden gehandhaafd en de problemen die zich daarbij voordoen, kunnen bovendien niet alleen aangesloten marktpartijen maar ook anderen, waaronder de overheid, leren van problemen die optreden in een bepaalde markt en over mogelijke verbeteringen.

Ook dient geschillenbeslechting (zowel voor geschillen over toetreding tot een initiatief, tussen deelnemers aan het systeem onderling, als voor externe partijen) op een adequate wijze te worden geregeld. Dit aspect is in eerder werk van één van ons al nader uitgewerkt.²⁰⁶ Daarbij dient bedacht te worden dat deze geschillenbeslechting en klachtenmechanismen ook relevant kunnen zijn voor adequate handhaving binnen multistakeholder-initiatieven. In dat verband kan een initiatief bijvoorbeeld door eigen monitoring en met behulp van klachtenprotocollen en -procedures nakoming bevorderen en, waar nodig, niet-naleving sanctioneren.²⁰⁷ Het gaat daarbij overigens niet alleen om de sanctionering, maar ook om het leren van afwijkingen in die zin dat maatregelen worden genomen om niet-naleving in de toekomst te voorkomen.²⁰⁸

Ten slotte zou kunnen worden gezien of voldoende precieze, controleerbare en op elkaar afgestemde standaarden kunnen worden ontwikkeld voor de verschillende actoren in een sector,²⁰⁹ gekoppeld aan controle- en geschilbeslechtsmechanismen. Nieuwe IT-technologieën (zoals blockchains en artificial intelligence) zouden deze controle (en mogelijk ook geschilbeslechting) kunnen ondersteunen, alsmede kunnen bijdragen aan geïntegreerde langere termijn analyses en transparantie over prestaties op het gebied van klimaatverandering.

Het ligt voor de hand om in een initiatief een risicogerichte aanpak te hanteren, zoals die ook volgt uit de hiervoor beschreven (*human rights due diligence* gebaseerd op) de UNGP en de *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Op grond van die raamwerken dienen, indien niet alle risico's tegelijkertijd kunnen worden geadresseerd, eerst de meest ernstige risico's te worden aangepakt. Daarbij moeten de omvang van de

206. Zie Scheltema, loc. cit. n. 180, p. 331-339. Interessant in dit verband is dat de International Bar Association in een uitgave over mensenrechten en het klimaat aanbeveelt dat door klimaatverandering benadeelde individuen en gemeenschappen toegang moeten hebben tot effectieve geschillenbeslechting. Zie International Bar Association, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, London: IBA, 2014, p. 127-136, te raadplegen via www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice2014Report.aspx#contents. Daarin wordt echter het procederen bij de rechter tot uitgangspunt genomen, gekoppeld aan een modelwet die allerlei problemen, zoals op het gebied van causaal verband en bewijs, zou moeten oplossen. Andere vormen van geschillenbeslechting, zoals die ook door multistakeholderinitiatieven zouden kunnen worden geboden, blijven onderbelicht.

207. Vgl. de Bree, loc. cit. n. 195, p. 50.

208. Zie de Bree, *ibid.*, p. 49.

209. De *Climate Obligations for Enterprises* loc. cit. n. 144, vormen hiervoor een voorbeeld.

impact, de zwaarte daarvan en de onomkeerbaarheid een rol spelen. Als bijvoorbeeld in de financiële sector de waardering van vermogensbestanddelen een belangrijke hindernis zouden zijn om klimaatverandering effectief aan te pakken, dan ligt het voor de hand daarmee te beginnen. Een dergelijke stap-voor-stapbenadering werkt waarschijnlijk beter en is ook makkelijker te implementeren dan een totale verandering van het gehele marktsysteem ineens. Verder ligt het in het verlengde daarvan voor de hand met de grootste ondernemingen (in verband met uitstoot) te beginnen, en op een niet te hoog ambitieniveau, maar wel bij voorkeur ieder jaar een structurele verbetering te eisen.

Financiële aspecten en mededinging

Voor de effectiviteit van multistakeholderinitiatieven kan voorts relevant zijn, welke kosten deelname voor de gereguleerden met zich meebrengt, de kwestie of er voldoende vraag uit de markt bestaat die het deelnemen aan het initiatief kan bevorderen, op welke wijze een markt functioneert en of die, daarvan uitgaande, geschikt is voor dergelijke initiatieven. Ook is belangrijk of mogelijke negatieve externe effecten de markt zouden verstoren bijvoorbeeld vanwege beperking van de mededinging.²¹⁰

Samenwerking tussen bedrijven op het gebied van klimaat (ook als daar overheden en ngo's bij zijn betrokken) kan echter vanuit mededingingsperspectief een probleem vormen.²¹¹ In dat verband lijkt het mededingingsrecht zelfs voor het Akkoord van Parijs te gaan.²¹² Het is daarmee niet uitgesloten dat het (Europese) mededingingsrecht nog aanpassing behoeft om dergelijke internationale multistakeholderinitiatieven te faciliteren. Anderzijds bestaan in Nederland al geruime tijd dergelijke initiatieven op het gebied van internationaal verantwoord ondernemen. Daarin zijn maatregelen getroffen om deze mededingingsproblematiek te adresseren

210. Zie voor bestaande MVO-initiatieven Scheltema, loc. cit. n. 180, p. 341-362 en p. 371-375 waarin deze criteria verder worden uitgewerkt. Vergelijk ook Matisoff, loc. cit. n. 145, p. 114 en 118, die signaleert dat multistakeholderinitiatieven kunnen bijdragen aan de verlaging van de kosten van vermindering van de uitstoot van broeikasgassen.

211. Zie daaromtrent in verband met samenwerking op nationaal niveau, A. Gerbrandy, 'Klimaatakkoord(en) en het Mededingingsrecht', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 57-70. Zij bespreekt in dat verband ook het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven dat hiervoor op nationaal niveau een oplossing zou kunnen bieden, zolang bedrijven nog geen afspraken hebben gemaakt. Zie *ibid.*, p. 63. Zie daarover ook M.R.P.M. Camps, 'Duurzame Duurzaamheidsinitiatieven', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 71-74, op 71-72.

212. A. Gerbrandy, *ibid.*, p. 65.

en tot nu toe met succes, aangezien daarover zowel door de Nederlandse als de Europese toezichthouders nog niet is geklaagd. Wellicht is het mededingingsrecht daarmee iets flexibeler dan het vorenstaande doet vermoeden. Dat neemt uiteraard niet weg dat onzekerheid daarover het maken van afspraken kan belemmeren.²¹³ Consequenties op het terrein van de mededinging zijn door het transnationale karakter van de hier voorziene multistakeholderinitiatieven op Unieniveau wellicht zelfs eerder aan de orde dan voor nationale zelf- en co-regulering geldt. Zo kan een initiatief in een bepaalde markt *de facto* de standaard worden (omdat buitenlandse partijen, zoals investeerders, eisen dat deze wordt geïmplementeerd) en partijen die daar niet aan deelnemen uitsluiten.²¹⁴ Het Europese Hof van Justitie heeft in een aantal gevallen in dit verband op het algemeen belang gebaseerde uitzonderingen aanvaard op de regel dat private afspraken het mededingingsrecht niet mogen beperken (behoudens de in art. 101 lid 3 VWEU genoemde uitzonderingen), bijvoorbeeld bij cao's en het verbieden van samenwerking van advocaten en accountants (nodig voor goede uitoefening van het beroep) die toepassing van het mededingingsrechtelijke kader kan overrulen.²¹⁵ Er moet blijkens deze jurisprudentie dus *in concreto* worden nagegaan in hoeverre het private systeem, hoewel onverenigbaar met mededingingsrechtelijke regels, tegemoet komt aan een reëel maatschappelijk belang.²¹⁶ Er wordt dan eerst getoetst of het multistakeholderinitiatief onverenigbaar is met het mededingingsrecht. Indien dat het geval is, moet een maatschappelijke toets worden uitgevoerd. Als er sprake is van een publiek gelegitimeerd belang dat voldoende precies is omschreven, dan kan dit een uitzondering rechtvaardigen als de mededingingsbeperking proportioneel is en er geen minder vergaande maatregelen kunnen worden getroffen om hetzelfde doel te bereiken.²¹⁷ Ook kan een multistakeholderinitiatief in strijd komen met de Unierechtelijke vrijverkeerbepalingen. Zo mag een initiatief dat

213. Vergelijk Camps, loc. cit. n. 212, p. 71.

214. Vgl. voor FSC in de VS Paiement, loc. cit. n. 191, p. 113.

215. J. Mulder, 'Een Duurzame Maatschappij, Wat Mag Dat Kosten?', *Nederlands Juristenblad*, jrg. 90, afl. 28, 2015, p. 1917-1919 op 1917-1918.

216. Mulder, *ibid.*, p. 1919.

217. Vgl. L.J. Ankersmit, *Globalization and the Internal Market: Process-based Measures within the EU Legal Order*, doctoral thesis, Vrije Universiteit Amsterdam, 2015, Amsterdam 2015; L.J. Ankersmit, 'Handelen Met een Schoon Geweten: De Europese Interne Markt en Regulering van Fairtrade- en Groene Goederen', *Ars Aequi*, november 2015, p. 950; M. Kneepkens, 'The Scope for Exempting Anti-Competitive Self-regulation from the Cartel Prohibition', in: A. McCann, M. van Rooij, A. Hallo de Wolf, and R. Neerhof (eds), *When Private Actors Contribute to Public Interests*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2014, p. 28 e.v.; Mulder, loc. cit. n. 216, p. 1919; E.H. Pijnacker Hordijk, 'Beoordeling van Duurzaamheidsinitiatieven onder het Kartelverbod', *Markt & Mededinging*, afl. 6, 2013, p. 187-192. Daarnaast kan het probleem spelen dat misbruik wordt gemaakt van machtspositie in de zin van art. 102 VWEU door de TPR-organisatie of een van de bij haar aangesloten. Zo heeft het Hof van Justitie EU

certificering verplicht stelt, niet de eis stellen dat een instelling die de in het initiatief vastgelegde standaarden certificeert in de lidstaat is gevestigd waarin deze controleert.²¹⁸

Een verder financieel criterium is dat het multistakeholderinitiatief transparant is over de herkomst van de financiering van het private systeem. Die financiering moet bovendien adequaat zijn om de beoogde doelen te kunnen realiseren.²¹⁹ Voorts is van belang dat de spreiding van (financiële) risico's op een evenwichtige manier plaatsvindt tussen de betrokkenen bij transnationale private regulering.

Governance

De governance van een multistakeholderinitiatief is relevant voor de effectiviteit ervan.²²⁰ Die zal voldoende geloofwaardig en ingebed moeten zijn in een bepaalde sector (bijvoorbeeld de financiële), zal relevante belanghebbenden tijdig bij het initiatief moeten betrekken zodat ook hun visie wordt meegenomen, en zal een effectieve beslisstructuur moeten hebben om klimaatverandering te kunnen aanpakken. Een groot draagvlak vergroot immers de kans van slagen.²²¹ Brancheorganisaties zouden daarbij een rol kunnen spelen.²²² Zo geldt voor de hiervoor besproken *Climate Obligations for Enterprises* dat die vooral door academici en (oud-) rechters zijn opgesteld en worden ondersteund en dat daarbij geen integratie van andere belanghebbenden (bijvoorbeeld bedrijven) heeft plaatsgevonden in het proces om te komen tot het initiatief en in (de governance van) het initiatief zelf.²²³ Dat lijkt vanuit governance- en imple-

bepaald dat dit het geval kan zijn als voor een (TPR) standaard een octrooi essentieel is en de houder van dit octrooi selectief licenties op dit octrooi verleent. Geen sprake van misbruik is er echter als deze houder licenties verleent onder eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden (de zogenoemde FRAND-voorwaarden). Zie HvJ EU 16 juli 2015, zaak C-170/13 (*Huawei/ZTE*).

218. Zie in verband met een wettelijke regeling waarin die eis werd gesteld bijvoorbeeld HvJ EU 16 juni 2015, zaak C-593/13 (*Rina Services e.a.*), AB 2015/263, m.nt. Botman.

219. Dit om te voorkomen dat de nadruk te veel komt te liggen op het verdienmodel in plaats van het tegengaan van klimaatverandering. Zie voor duurzaamheidsinitiatieven ook Païement, loc. cit. n. 191, p. 37-38.

220. In dat verband moet een balans worden gevonden tussen representatie van alle betrokkenen en een effectief besluitvormingssysteem dat niet wordt verlamd door tegengestelde opvattingen van verschillende belanghebbenden. Zie ook Scheltema loc. cit. n. 180, p. 310 en 311. Vgl. voor duurzaamheidsinitiatieven Païement, ibid., p. 41-42.

221. Vergelijk voor de Nederlandse klimaatinitiatieven W. Sorgdrager, loc. cit. n. 202, p. 25.

222. Vergelijk J.J. van Dijk, 'Bestuursakkoord: Noodzakelijk, Maar Niet Voldoende', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 75-91 op 82.

223. Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, loc. cit. n. 144, p. 20-23.

mentatieperspectief daarmee minder effectief. Het governance-aspect betreft met name de voorbereiding en de wijze van het betrekken van in- en externe belanghebbenden, in verband waarmee de organisatiegraad en het draagvlak binnen een bepaalde (private) kring van belang zijn.²²⁴ Verder dient er voor te worden gezorgd dat de deelnemers in het multistakeholdersysteem en degenen die daardoor worden geraakt zo veel mogelijk bij evaluaties worden betrokken en ook op de hoogte worden gehouden van veranderingen.²²⁵

In verband hiermee moeten alle bij een initiatief betrokkenen (intern en extern) de mogelijkheid hebben hun inzichten kenbaar te maken.²²⁶ Daarbij is ook van belang om het leren van de ervaringen van betrokkenen en het uitwisselen van *best practices* te stimuleren, (extern) verantwoording af te leggen over de initiatieven, inspraak in het functioneren en de gevolgen van initiatieven vorm te geven (bijvoorbeeld in een algemene vergadering van betrokkenen of op basis van externe verslaglegging). Externe verslaglegging is vooral noodzakelijk als initiatieven ook gevolgen hebben voor derden.²²⁷ Er moet in dat verband tevens duidelijk zijn wie voor de verslaglegging dient te zorgen, voor welke activiteiten en met welke middelen.²²⁸ Interessant is wel dat een initiatief dat verslaglegging over duurzaamheid en mensenrechten stimuleert (het *Global Reporting Initiative*) weliswaar succesvol is geweest in het vergroten van het aantal bedrijven dat rapporteert over hun maatregelen tegen onder meer klimaatverandering, vooral in Latijns-Amerika en Azië, maar dat dit de interactie met derden – waarvoor die externe verslaglegging juist was bedoeld – niet heeft gestimuleerd.²²⁹ Klaarblijkelijk is verslaglegging op zichzelf onvoldoende voorwaarde voor een dergelijke interactie. Hoewel het denkbaar is dat er alleen intern verantwoording wordt afgelegd over het

224. Vgl. Helderma & Honingh, loc. cit. n. 196, p. 12. Zie voor bestaande MVO-initiatieven Scheltema, loc. cit. n. 180, p. 300-312, p. 362-365 en p. 371-375 waarin deze criteria verder worden uitgewerkt.

225. Vgl. de Bree, loc. cit. n. 195, p. 48.

226. Zie Paiement, loc. cit. n. 191, p. 136, 137, 146 en 147 voor informatie over RSPO waarin een hoge participatiegraad bestaat van grote marktpartijen maar minder voor kleine. Dit heeft ertoe geleid dat hieraan vooral grote ondernemingen meedoen.

227. Zie ook P. Verbruggen, 'Private Regulation as a Form of New Governance in the EU', in: A. McCann, M. van Rooij, A. Hallo de Wolf, and R. Neerhof (eds), *When Private Actors Contribute to Public Interests*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2014, p. 228-231. Vgl. Paiement, *ibid.*, p. 41 en 209.

228. Bij multistakeholderinitiatieven is het in de praktijk vaak lastig om te zien wie waarvoor verantwoordelijk is, zeker als het maken van de regels en de handhaving ervan door verschillende actoren en op verschillende plaatsen plaatsvinden. Ook transparantie is daarom geen sinecure. Zie Verbruggen, *ibid.*, p. 232.

229. R. Barkemeyer, L. Preuss en L. Lee, 'On the Effectiveness of Private Transnational Governance Regimes, Evaluating Corporate Sustainability Reporting According to the Global Reporting Initiative', *Journal of World Business*, vol. 50, 2015, p. 312-325 op 320 en 322. Wel wordt geconstateerd dat het rapporteren over klimaatmaatregelen kan bijdragen aan het daadwerkelijk nemen van (additionele) maatregelen. Zie Matisoff, loc. cit. n. 195, p. 121.

vaststellen van normen, terwijl bij handhaving extern verantwoording wordt afgelegd (bijvoorbeeld aan een overheidsorgaan of andere private partijen), lijkt het in verband met legitimiteit beter dat ook het regelgevingsproces aan een externe consultatie wordt onderworpen.²³⁰ Denkbaar is overigens dat een overheidsorgaan die consultatie faciliteert. Zo heeft de Europese Commissie discussieforums georganiseerd met belanghebbenden over private regulering in verband met reclame, met een rapportageverplichting ten aanzien van de in het multistakeholderinitiatief voorgestelde verbeteringen.²³¹

Onderlinge samenhang criteria

Van belang is dat de hiervoor beschreven categorieën van criteria in onderlinge samenhang worden beschouwd. Het kan immers zijn dat een multistakeholderinitiatief op ruime schaal inspraak van belanghebbenden heeft georganiseerd, maar door het trage besluitvormingsproces qua aanpassing van de normen aan nieuwe ontwikkelingen en qua handhaving minder goed presteert. Die plus- en minpunten zullen dus tegen elkaar moeten worden afgewogen.²³²

Wie stimuleert deelname?

Overheden, (organisaties die) institutionele beleggers (vertegenwoordigen), en banken zouden de deelname aan dergelijke initiatieven kunnen stimuleren en vergroten. Overheden kunnen dit niet alleen door middel van wetgeving doen, maar bijvoorbeeld ook door middel van subsidies, fiscale maatregelen en in aanbestedingen. Ook zouden overheden en toezichthouders een regierol kunnen pakken en tijdelijke uitzonderingen op regelgeving of toezicht kunnen toestaan of de intensiteit van toezicht tijdelijk kunnen verminderen om bepaalde nieuwe benaderingen die het initiatief heeft ontwikkeld te

230. Interne besluitvorming is voor derden immers vaak lastig te achterhalen. Vgl. ook Verbruggen, loc. cit. n. 228, p. 231 en 240. Het vaststellen wie aan de consultatie kunnen deelnemen en hoe dat dient te geschieden is bij dergelijke initiatieven overigens moeilijk. Zie daarover bijvoorbeeld Scheltema, loc. cit. n. 180, p. 308-310.

231. Verbruggen, *ibid.*, p. 239.

232. Zie voor een dergelijke geïntegreerde benadering Scheltema, loc. cit. n. 180, p. 365-374. Voor een analyse aan de hand van dat raamwerk van twee MVO-initiatieven (UTZ certified en FSC), zie M.W. Scheltema, 'The Need for an Integrated Comparison of the Effectiveness of International Sustainable Forestry, Coffee and Cocoa Initiatives', *Recht der Werkelijkheid*, vol. 35, nr. 3, 2014, p. 134-156.

testen.²³³ Toezichthouders zouden bijvoorbeeld in plaats van prestaties uit het verleden tijdelijk een toekomst georiënteerde rapportage of benadering kunnen toelaten. Daarnaast lijkt het nuttig dat overheden en toezichthouders ook (meer) expertise ontwikkelen over de effectiviteit van dergelijke multi-stakeholderklimaatinitiatieven. Daaraan zou een externe commissie van experts een bijdrage kunnen leveren. Dat is niet alleen in het belang van overheden en toezichthouders als zodanig, maar kan ook voor belanghebbenden bijdragen aan een effectieve implementatie van een initiatief, alsmede aan het opbouwen van een effectieve governance binnen het initiatief. Ook de druk van consumenten om meer te doen tegen klimaatverandering zou voor bedrijven die opereren op een consumentenmarkt van belang kunnen zijn.

Ook zouden klimaataansprakelijkheidszaken tegen bedrijven in nationale gerechten of via andere vormen van geschiloplossing, bijvoorbeeld de Nationale Contactpunten van de OESO-lidstaten, het gebruik van dergelijke initiatieven kunnen stimuleren.²³⁴ Niet meedoen of wel meedoen maar het niet naleven van de standaarden, zou immers ook kunnen leiden tot aansprakelijkheidsprocedures, waarbij bijvoorbeeld open zorgvuldigheidsnormen met dergelijke beginselen zouden kunnen worden ingevuld, of klachten bij een NCP. Beide kunnen in ieder geval leiden tot (aanzienlijke) reputatieschade, hetgeen (dergelijke grote) ondernemingen in beginsel zoveel mogelijk zullen trachten te vermijden.

7. Private en multistakeholder klimaatinitiatieven gewogen

Na bovenstaande algemene uiteenzetting over effectiviteit, gaan wij nu preciezer in op de al bestaande private en multistakeholderinitiatieven die specifiek op het klimaat gericht zijn. Voldoen deze aan de hiervoor besproken uitgangspunten voor effectiviteit? Een eerste voorlopig onderzoek heeft laten zien dat er vele van dat soort initiatieven bestaan. Het *Climate Initiatives Platform* (een Internet site) heeft bijvoorbeeld 247 van zulke internationale klimaatinitiatieven samengebracht.²³⁵ Gelet op het

233. Vergelijk voor die regierol ook voorstellen voor een Nederlandse klimaatautoriteit of een onafhankelijke beoordelingsinstantie en daaromtrent, L.F.M. Verhey, 'Een Effectief Klimaatbeleid: Institutionele Aspecten', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018, Afdeling Advisering van de Raad van State*, mei 2018, p. 103-112 op 109; W.J. Kuijken, 'Het Perspectief van de Deltacommissaris', in: Raad van State, *ibid.*, p. 113-116. Een dergelijke onafhankelijke autoriteit bestaat ook al in andere Europese landen, zie Boot, loc. cit. n. 179, p. 40-41.

234. Zie voor een voorbeeld de hiervoor besproken klacht die thans bij de Nederlandse NCP aanhangig is tegen ING, loc. cit. n. 140.

235. <http://climateinitiativesplatform.org/index.php/Welcome>. Er bestaat overigens geen garantie dat deze lijst uitputtend is. Martijn Scheltema dankt Sander Oomes (EUR) voor het opzoeken, verzamelen en rubriceren van de gegevens op deze website.

hiervoor besproken uitgangspunt dat (het tegengaan van) klimaatverandering een niet-territoriale maar juist globale aanpak vergt, hebben wij alleen internationale of regionale private of multistakeholderinitiatieven geanalyseerd. Dat gaat in totaal om 134 initiatieven.²³⁶ Aan de overige initiatieven nemen hoofdzakelijk alleen overheden of intergouvernementele organisaties deel en die vallen dus niet onder de noemer private of multistakeholderinitiatieven. Sommige initiatieven betreffen overigens een enkele sector, andere omvatten meerdere sectoren.

Het lastige bij deze analyse is echter dat de diepgaandere informatie die noodzakelijk is om te onderzoeken of de initiatieven voldoen aan de hiervoor genoemde uitgangspunten voor effectiviteit voor geen van deze initiatieven (publiekelijk) beschikbaar is. Een grondige analyse van de effectiviteit van deze initiatieven is daarmee helaas niet goed mogelijk.

De methodologie die op basis van de wel beschikbare (deels weinig gedetailleerde) informatie over deze 134 initiatieven is gevolgd, haakt aan bij de hiervoor ontwikkelde effectiviteitscriteria. Voor al deze initiatieven is op basis van de op Internet beschikbare informatie onderzocht in hoeverre zij aan die criteria voldoen. Naar aanleiding van het (effectiviteits)criterium ‘duidelijke normen, kenbaarheid, doel en handhaafbaarheid’ is bezien of iets valt te zeggen over de concreetheid van de in het initiatief opgenomen normen (of beginselen) en of het initiatief beschikt over een (al dan niet bindend) geschillenbeslechtsingsmechanisme. In dit verband is ook relevant of trainingen worden gegeven over de toepassing van de normen en of *best practices* worden genoemd. Dat bevordert het (juiste) gebruik van de standaarden. Voorts is, in het licht van de hiervoor besproken rol van de (meer dwingende) mensenrechtennormen, relevant of in een initiatief (ook in verband met klimaatmaatregelen) verwezen wordt naar mensenrechten *due diligence*. In verband met het criterium ‘financiële aspecten en mededinging’ was voor geen van de initiatieven enige informatie beschikbaar over de financiële consequenties ervan, noch over de vraag of maatregelen zijn genomen om verstoring van de mededinging te voorkomen. Daarover is daarom in de tabel geen kolom opgenomen. In het kader van het criterium ‘governance’ kon worden achterhaald of sprake is van een privaat (dat wil zeggen door slechts een groep van actoren opgericht initiatief) of een multistakeholderinitiatief en of daarin een (publieke) rapportageverplichting is opgenomen.²³⁷ In het licht van samenwerking tussen sectoren om klimaatproblemen aan te

236. Bij twee is overigens de vraag of deze internationaal zijn omdat zij focussen op de Verenigde Staten. Voorts zijn de hiervoor besproken *Climate Obligations for Enterprises*, loc. cit. n. 144, in deze analyse buiten beschouwing gelaten omdat deze niet een multistakeholderinitiatief zijn zoals de andere hier besproken initiatieven.

237. Verder zal het aantal deelnemers evident invloed hebben op de impact van een initiatief. Daarnaast is uiteraard relevant of bedrijven met een grote impact op de totale wereldwijde uitstoot met het initiatief worden bereikt.

pakken, is ook belangrijk of een initiatief meerdere sectoren omvat. Indien dat het geval is, is het immers waarschijnlijker dat de multilevel benadering (die, naar hiervoor is uiteengezet, voor het adresseren van klimaatvraagstukken zo relevant is) wordt gevolgd. Ten slotte is in verband met het criterium ‘wie stimuleert deelname?’ de vraag of overheden, investeerders en/of ook consumenten het gebruik van het initiatief kunnen stimuleren van belang op wie de initiatieven zich richten. Zien zij slechts op verhoudingen tussen ondernemingen of ook op consumenten? Hoewel er labels bestaan die ook de bedoeling hebben om consumenten te informeren, gaat het veelal om het verschaffen van informatie aan andere bedrijven (en bijvoorbeeld investeerders of banken). De resultaten van deze analyse zijn opgenomen in de volgende tabel.

Initiatieven	B2B of B2C	Geschillen- beslechting	Governance	Rap- por- tage	Begin- selen	Speci- fieke normen	Training	Best practi- ces	Verwij- zing naar mensen- rechten	Sector	Internationaal of regionaal
134	B2B (129)	8 (+1: stimuleert aangesloten en een op te zetten)	Multistakeholder (82)	21	56	19 ²³⁸				Meerdere sectoren (18)	
	B2B & B2C (4)		Bedrijven (30)							Transport (24)	
			Ngo's (10)							Agri (29)	
										Ondernemers- verenigingen (5)	
	B2C (1)		Academisch (1)							Energie (25)	
			Onbekend (6)							Financieel (14)	
Aanpassing (2)											
									Natuurbehoud (2)		
									Overig (8)		
134							76	105	21		Globaal (111) Regionaal (23)

238. Overigens zijn deze normen niet steeds opgesteld door het initiatief zelf. Zo verwijst de Palm Oil Innovation Group (POIG) naar de standaarden van RSPO. Zie <http://poig.org/>.

Uit deze tabel blijkt dat een aantal initiatieven zelfs geen (publiek toegankelijke) beginselen kent waaraan de deelnemers zich moeten houden. Een relevant aantal heeft wel beginselen maar die zijn zeer abstract en geven daarmee veelal weinig richting aan concrete maatregelen die private actoren zouden moeten nemen, laat staan in de (verhoogde) mate die noodzakelijk is om klimaatverandering effectief aan te pakken. Een aantal initiatieven bevat echter ook concrete standaarden, waarmee gedrag van en door deelnemers te nemen maatregelen beter worden gestuurd. Bij sommige initiatieven zien de standaarden overigens alleen op de wijze waarop over de genomen klimaatmaatregelen (en de resultaten daarvan) moet worden gerapporteerd. Bij vier van de initiatieven bestaat zelfs de mogelijkheid om de naleving van de normen af te dwingen in die zin dat daarbij certificering (of anderszins controle op de naleving door onafhankelijke derden) plaatsvindt. Verder beschikt maar een zeer klein aantal initiatieven over een klachten/geschillenbeslechtsingsinstrument. Dit betreft acht initiatieven. Eén initiatief moedigt zijn deelnemers aan om een eigen klachten/geschillenbeslechtsingsinstrument in te richten. De meerderheid van de initiatieven verzorgt trainingen over het implementeren van standaarden of het adresseren van het klimaatvraagstuk. Verder verschaft verreweg het grootste gedeelte van de initiatieven (voorbeelden van) *best practices*. Daarentegen bevatten slechts eenentwintig initiatieven een verwijzing naar mensenrechten, maar bevat geen van allen een mensenrechten *due diligence* standaard in verband met klimaatmaatregelen. Mensenrechten worden derhalve in de meeste initiatieven (ten onrechte) niet als een belangrijke prikkel gezien om klimaatmaatregelen te nemen.²³⁹

In verband met de governance valt op dat een minderheid van de initiatieven geen multistakeholder opzet heeft. Zij bestaan dan veelal uit slechts een soort actor.²⁴⁰ Het grootste deel heeft daarmee een meer effectieve governance door de multistakeholder opzet. Ook onderkennen alle initiatieven de noodzaak van een transnationale en niet-territoriaal beperkte aanpak en is de overgrote meerderheid zelfs wereldwijd georiënteerd. Voorts kennen twintig initiatieven de verplichting om te rapporteren over de genomen maatregelen en/of over de resultaten daarvan. Daarnaast is een kleine minderheid van de initiatieven ook actief in meerdere sectoren, wat de effectiviteit kan vergroten.

Uit de tabel blijkt ten slotte dat de overgrote meerderheid van de initiatieven zich richt op bedrijven en niet op consumenten. Het is daarmee onwaarschijnlijk dat druk van consumenten een bijdrage zal leveren aan de deelname aan deze initiatieven.

239. Bovendien wordt in initiatieven die wel naar mensenrechten verwijzen vooral van belang geacht dat moet worden voorkomen dat klimaatmaatregelen mensenrechten schenden. Daarmee worden mensenrechten veelal niet gezien als een reden om (verdergaande) klimaatmaatregelen te nemen.

240. Overigens varieert het aantal deelnemers enorm: van 2 tot meer dan 3.000.

Gelet op de zojuist genoemde criteria springt één initiatief er qua effectiviteit in verhouding tot de andere initiatieven in positieve zin uit. Dat is de *Gold Standard*.²⁴¹ Die heeft concrete standaarden voor het adresseren van klimaatverandering opgesteld, waarvan naleving wordt gecontroleerd door middel van certificering van specifieke projecten.²⁴² Deze certificering ziet echter alleen op reductie van de emissie en niet op adaptatiemaatregelen. In dat verband is van belang dat de *Gold Standard* er ook op toeziet dat het tegengaan van klimaatverandering niet leidt tot mensenrechtenschendingen door bijvoorbeeld discriminatie of de toegang tot (schoon drink)water.²⁴³ Nog sterker: volgens de standaard is impact op UN *Sustainable Development Goal*²⁴⁴ 13 (het tegengaan van klimaatverandering) onvoldoende maar moet ook impact op ten minste twee andere doelen (die een duidelijke relatie met mensenrechten kunnen hebben) worden aangetoond.²⁴⁵ Er wordt echter niet op gewezen dat een mensenrechten *due diligence* moet worden uitgevoerd en ook een reden kan zijn om (verdergaande) klimaatmaatregelen te nemen. Bovendien hoeven deelnemers niet ten minste een bepaalde vermindering van de uitstoot van broeikasgassen te bewerkstelligen, zoals de *Climate Obligations for Enterprises* wel doen. Daarmee kan ook een (kleinere) impact op klimaatverandering die (*pro rato*) onvoldoende is om de 2°C-doelstelling te halen onder dit initiatief toereikend zijn. De *Gold Standard* heeft verder een duidelijk klachtenmechanisme indien belanghebbenden menen dat het certificeringsproces niet juist is uitgevoerd.²⁴⁶ Ook voorziet het in *best practices* en worden online training tools aangeboden.²⁴⁷ In het kader van de governance is relevant dat de *Gold Standard* in 2003 is opgericht door

241. Zie www.goldstandard.org.

242. Zie www.goldstandard.org/our-work/what-we-do, www.goldstandard.org/our-work/new-certification-solutions, www.goldstandard.org/project-developers/develop-project en www.goldstandard.org/project-developers/approved-auditors. Het betreft overigens geen certificering van alle standaarden tegelijk, maar certificering op specifieke onderwerpen zoals uitstoot van broeikasgassen, energie efficiëntie en watergebruik.

243. Zie de artikelen 3.1-3.4, 3.6.1 en 4.2 van het *Safeguarding Principles and Requirements* document, te raadplegen via https://globalgoals.goldstandard.org/100/101-4-gold-standard-for-the-global-goals-safeguarding-principles-requirements#_Toc479777805. Zie voorts www.goldstandard.org/our-work/what-sets-us-apart en www.goldstandard.org/our-work/new-certification-solutions.

244. Zie daarvoor www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/.

245. Artikel 3.1(b) van de *Principles and Requirements* te raadplegen via www.goldstandard.org/project-developers/develop-project. Wat als impact wordt beschouwd, valt te vinden in artikel 3.4.

246. Zie www.goldstandard.org/our-work/innovations-consultations.

247. Zie www.goldstandard.org/sites/default/files/documents/gold_standard_corporate_climate_stewardship.pdf en www.goldstandard.org/project-developers/develop-project.

het World Wildlife Fund (WWF) en een multistakeholderinitiatief is.²⁴⁸ De *Gold Standard* betreft verder ook (externe) belanghebbenden in het proces van het opstellen van standaarden. Zij heeft zelfs een duidelijk beleid voor de consultatie van belanghebbenden daarbij.²⁴⁹ Ook dient consultatie van belanghebbenden in een specifiek project plaats te vinden.²⁵⁰ Daarnaast dient over de resultaten te worden gerapporteerd.²⁵¹ Verder geeft zij zich ook rekenschap van andere initiatieven op dit terrein en werkt met een aantal samen of is lid van dergelijke andere initiatieven.²⁵² Dit kan de samenwerking en afstemming tussen de verschillende standaarden bevorderen en deze daarmee effectiever maken. Het initiatief strekt zich bovendien uit tot projecten in meerdere sectoren en richt zich bijvoorbeeld ook op investeerders.²⁵³ Het is daarmee een multilevelinitiatief. De *Gold Standard* is echter alleen gericht op bedrijven en niet op consumenten. Het bevorderen van deelname aan dit initiatief zal derhalve niet door druk van consumenten worden gegenereerd.

Uit het vorenstaande volgt dat er veel (wellicht te veel) private of multistakeholderinitiatieven bestaan die specifiek zien op het adresseren van klimaatverandering. Helaas zijn, gelet op het vorenstaande, velen onvoldoende effectief. Dit komt omdat concrete standaarden ontbreken die ertoe leiden dat door deelnemers te nemen maatregelen impact hebben op klimaatverandering. Bovendien wordt de naleving van dergelijke standaarden veelal niet (door onafhankelijke derden) gecontroleerd. Ook ontbreekt vaak de mogelijkheid om te klagen over niet-naleving. Wel voorzien de meeste initiatieven in *best practices* en trainingen. Qua governance richten de meeste zich op een bepaald soort actoren en zijn dus niet multistakeholder. Nog minder initiatieven hebben de noodzakelijke multilevelopzet. Bovendien richten de meeste initiatieven zich op bedrijven en niet op consumenten. Het bevorderen van deelname door vraag van consumenten zal derhalve bij de meeste initiatieven niet aan de orde zijn. Eén initiatief, de *Gold Standard*, scoort op alle criteria goed maar is ook nog ontoereikend omdat niet is bepaald dat een (*pro rato*-)vermindering van bijvoorbeeld uitstoot van broeikasgassen moet plaatsvinden zodat onder de 2°C-grens wordt gebleven. Bovendien ziet dit instrument niet op adaptatie-

248. Zie www.goldstandard.org/our-story/who-we-are, www.goldstandard.org/our-story/partners-supporters. Volgens haar website zijn inmiddels al meer dan 1.400 projecten gecertificeerd. Zie www.goldstandard.org/our-work/what-we-do.

249. Zie voor dit beleid: www.goldstandard.org/sites/default/files/documents/gsf-public-stakeholder-consultation-policy.pdf. Zie voor de thans lopende consultaties www.goldstandard.org/our-work/innovations-consultations.

250. Zie *Principle 3* van het *Principles and Requirements* document, www.goldstandard.org/project-developers/develop-project.

251. Zie artikel 3.4.2 en 3.4.9 van de *Principles and Requirements*.

252. Zie www.goldstandard.org/our-story/partners-supporters.

253. Zie bijvoorbeeld www.goldstandard.org/get-involved/make-an-impact en www.goldstandard.org/our-work/what-we-do.

maatregelen. Gelet op de steeds beter wordende mogelijkheden om ook de individuele bijdrage van bedrijven aan klimaatverandering inzichtelijk te maken zou dat een goede toevoeging zijn geweest. Daarbij zou ook kunnen worden gezien of op het niveau van een multistakeholderinitiatief als geheel een reductiedoelstelling kan worden vastgesteld. Die zou dan meebrengen dat als bepaalde bedrijven in het initiatief te weinig doen anderen meer zouden moeten bijdragen.²⁵⁴

De conclusie is dat de bestaande private of multistakeholderinitiatieven moeten worden aangescherpt, zelfs om de 2°C-doelstelling van het Akkoord van Parijs te halen. Een mogelijkheid zou zijn om bij de *Gold Standard*, het enige initiatief dat gelet op de hiervoor geformuleerde effectiviteitscriteria hoog scoort, een dergelijke (*pro rato*-)doelstelling in te voeren (en wellicht ook een doelstelling op het niveau van het initiatief als geheel) of een ander initiatief in te richten dat een dergelijke doelstelling bevat en verder ook aan de hiervoor genoemde criteria voldoet. Wel zal ook voor dat initiatief moeten worden gezien of de verschillende actoren binnen sectoren voldoende op één lijn zitten en samenwerken om de noodzakelijke fundamentele veranderingen tot stand te brengen. De hiervoor beschreven mensenrechtenbenadering brengt mee dat bedrijven ook 'gehouden' zijn dergelijke meer fundamentele (en preventieve) maatregelen te treffen. Overheden zouden dat ook kunnen stimuleren door bijvoorbeeld in aanbestedingen, of in het kader van toezicht, deelname aan dergelijke effectieve initiatieven, of implementatie ervan, te vragen. Ook (vertegenwoordigers van) investeerders en banken kunnen een stimulerende rol spelen. In dat verband wijzen wij er nogmaals op dat de verantwoordelijkheid van bedrijven om mensenrechten te respecteren meebrengt dat (verdergaande) klimaatmaatregelen moeten worden genomen. Dit brengt voor juristen bij bedrijven, overheden en multistakeholderinitiatieven mee dat zij ook expertise dienen te verkrijgen over het effectief ontwikkelen en handhaven van (transnationale) normen in multistakeholderinitiatieven. In plaats van het analyseren van bestaande of toekomstige regelgeving en daarbij behorende jurisprudentie, zal de aandacht in dit verband verschuiven naar het ontwikkelen van (effectieve) transnationale reguleringsystemen en het analyseren van de effectiviteit van dergelijke systemen.

Dit alles brengt mee dat (effectieve) globale multistakeholder multilevelinitiatieven, in ieder geval voorlopig, de beste methode lijken te zijn om op (de noodzakelijke) wereldwijde schaal impact te bereiken bij het tegengaan van klimaatverandering. Dit betekent niet dat andere initiatieven niet ook effectief kunnen zijn, maar dient als een pleidooi om te streven naar het versterken van bestaande initiatieven of het opzetten van nog effectievere initiatieven. Daarin moeten ook overheden en toezichthouders

254. Vergelijk in verband met aansprakelijkheid Spier, loc. cit. n. 139, p. 68.

een (grote) rol spelen in het stimuleren en faciliteren van initiatieven. Hetzelfde geldt voor (vertegenwoordigers van) investeerders en banken.

8. Conclusie

Net als de twee andere in dit preadvies behandelde onderwerpen (internet en migratie), is klimaatverandering een grensoverschrijdend probleem dat bij uitstek een grensoverschrijdende aanpak vergt. Het internationale recht zoals wij dat thans kennen op het terrein van het klimaat sluit daar minder goed bij aan omdat het primair interstatelijk en territoriaal is georiënteerd. Tot op heden zijn staten er niet in geslaagd overeenstemming te bereiken over internationale samenwerking en maatregelen om de opwarming van het klimaat onder de 2°C- (of nog beter de 1,5°C-)grens te houden.

In dit preadvies zijn daarom alternatieve benaderingen om niet alleen overheden maar ook bedrijven te stimuleren tot het nemen van meer en effectievere maatregelen om klimaatverandering onderzocht. Na analyse van een aantal inmiddels tegen overheden en bedrijven aanhangige klimaatzaken en daarin genomen beslissingen, zijn wij tot de conclusie gekomen dat, zoals ook steeds meer in die zaken gebeurt, aansluiting wordt gezocht bij mensenrechten. Klimaatverandering kan immers een duidelijke impact op mensenrechten hebben, niet alleen in de toekomst maar, gelet op de door ons genoemde voorbeelden, ook nu al. Deze opvatting houdt in dat het recht ten aanzien van de mensenrechten zowel ten aanzien van staten als ten aanzien van bedrijven een additionele juridische grondslag is voor het nemen van maatregelen. Voor staten geldt dat als het nalaten van dergelijke maatregelen om de reeds opgetreden effecten van klimaatverandering te adresseren die personen binnen de jurisdictie van een staat (in het bijzonder kwetsbare groepen) ondervinden een mensenrechtenschending oplevert. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als reddings- en herhuisvestingsmaatregelen achterwege worden gelaten nadat een deel van het grondgebied van een staat is overstroomd ten gevolge van klimaatverandering. Een positieve verplichting van staten om de op hun grondgebied gevestigde private actoren tot mitigatie of adaptatiemaatregelen te bewegen is blijkens de gemaakte analyse van de klimaatzaken vooralsnog alleen sporadisch aangenomen. Een dergelijke mensenrechtenverplichting van staten kan dus niet worden aangenomen. Bovendien zal veelal lastig vallen aan te tonen welke nationale uitstoot door private actoren precies bijdraagt aan welke impact op mensenrechten binnen en buiten het grondgebied van de betreffende staat. Nu de uitstoot van broeikasgassen echter voornamelijk door private actoren wordt veroorzaakt, hebben wij vervolgens gezien hoe de op bedrijven gerichte mensenrechtenbenadering een bijdrage zou kunnen leveren.

Binnen de bestaande mensenrechtenkaders van de VN en de OESO (de *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* en de *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*) wordt aangenomen dat bedrijven niet alleen in hun eigen bedrijfsvoering maar ook in hun waardeketens zogenaamde *human rights due diligence* moeten uitvoeren. Kort gezegd houdt die in dat zij de risico's op mensenrechtenschendingen in hun bedrijfsvoering moeten inventariseren, een plan moeten ontwikkelen om die te voorkomen of te mitigeren, daarover (publiek) moeten rapporteren, en indien zij daadwerkelijk mensenrechtenschendingen hebben veroorzaakt of daaraan hebben bijgedragen een remedie moeten bieden. Dat laatste speelt overigens bij klimaatverandering een beperktere rol omdat het veelal lastig zal zijn aan te tonen welk bedrijf precies heeft bijgedragen aan schade door klimaatverandering (bijvoorbeeld door een orkaan). Het gaat daarmee dus vooral om het preventieve aspect van de *human rights due diligence*. Deze *due diligence* is niet territoriaal beperkt. Probleem is echter dat de bedoelde kaders als zodanig voor bedrijven niet bindend zijn, zij het dat in een aantal landen wetgeving is aangenomen die daartoe (deels) strekt, en er ook in sommige landen bindende contractuele afspraken zijn gemaakt om die te implementeren (het Nederlandse IMVO kledingconvenant is daarvan een voorbeeld). Ook dan is echter een probleem dat een individueel bedrijf maar beperkte invloed heeft op klimaatverandering. Voor effectieve maatregelen zijn meer ingrijpende veranderingen in een sector nodig, die een bedrijf alleen vaak niet kan bewerkstelligen. Bovendien beroepen veel bedrijven zich op het *level playing field* als reden om dergelijke maatregelen achterwege te laten.

Wij zijn daarom van mening dat samenwerking tussen bedrijven en andere relevante actoren in (effectieve) multistakeholderinitiatieven zou moeten worden gestimuleerd. Deze initiatieven zouden verschillende actoren in de relevante (internationale) sectoren zou moeten betrekken en *human rights due diligence* (ook op het terrein van het klimaat) moeten implementeren. Multistakeholderklimaatinitiatieven zijn ook al in ruime mate voorhanden. Wij hebben 134 van die initiatieven geanalyseerd op effectiviteit, maar de uitkomst daarvan is teleurstellend. Er komt er maar 1 in de buurt van de in de literatuur en anderszins geformuleerde criteria voor effectiviteit van dergelijke initiatieven.

Een synthese van de hiervoor beschreven mensenrechtenbenadering voor bedrijven kan echter handvatten bieden voor het overwinnen van de gesignaleerde belemmeringen. Hoewel een positieve mensenrechtenverplichting daartoe thans ontbreekt, zouden staten desalniettemin (eenzijdig) op hun grondgebied deelname aan effectieve multistakeholderklimaatinitiatieven kunnen stimuleren (bijvoorbeeld in aanbestedingen, door subsidies of door fiscale maatregelen), faciliteren (bijvoorbeeld door het beschikbaar stellen van kennis en het openlijk ondersteunen van dergelijke initiatieven) en in bijzondere gevallen mogelijk wettelijk verplicht stellen. Dit kan leiden tot

effectieve klimaatinitiatieven met een transnationale impact die bovendien meer fundamentele veranderingen op markten kunnen bewerkstelligen. Hoewel de *human rights due diligence* als zodanig geen bindende verplichting is voor bedrijven, leidt (door staten gestimuleerde) deelname aan de genoemde multistakeholderinitiatieven daar wel toe. De op deze wijze vormgegeven, op mensenrechten gebaseerde, samenwerking tussen staten en bedrijven (en andere relevante actoren) draagt onzes inziens bij aan een effectievere aanpak van klimaatverandering dan tot nu toe wordt gevolgd. Interessant is dat dit uitgangspunt goed aansluit bij de eerdergenoemde Duurzame Ontwikkelingsdoelen van de Verenigde Naties (SDGs), die mede gericht zijn op het tegengaan van klimaatverandering (SDG 13) en inzetten op effectieve multistakeholdersamenwerking om de SDG doelen te bereiken (SDG 17).

Stellingen:

1. Klimaatverandering is een problematiek die territorialiteit te boven gaat en kan alleen effectief geadresseerd worden door middel van een transnationale en niet-territoriaal beperkte aanpak.
2. Hoewel internationaal optreden cruciaal is, mogen staten zich niet verschuilen achter het gebrek aan internationale consensus over de inhoud van klimaatmaatregelen en de rolverdeling in de uitvoering daarvan. Volgens het Akkoord van Parijs [artikel 4(2) en (3)] dienen nationale mitigerende maatregelen immers een “zo hoog mogelijk ambitieniveau” te hebben.
3. Klimaatverandering kan alleen effectief interstatelijk aangepakt worden op basis van het beginsel van *common but differentiated responsibilities*. Dat houdt in dat tot een rechtvaardige lastenverdeling gekomen moet worden waarbij de meest uitstotende staten de zwaarste maatregelen zullen moeten nemen en de meest getroffen staten, indien nodig, internationale ondersteuning zullen moeten krijgen. De positie van ontwikkelingslanden behoeft hierbij speciale aandacht.
4. Het vooruitzicht van klimaatgerelateerde migratie vereist aanpassingen van het internationale migratierecht, eventueel zelfs in de richting van erkenning van het fenomeen ‘klimaatvluchteling’.
5. Het nemen van de noodzakelijke (verdergaande) klimaatmaatregelen vereist een fundamentele wijziging in het huidige wijdverspreide gebruik van natuurlijke hulpbronnen zonder doorberekening van de kosten van milieuschade zoals klimaatverandering, en in de (korte termijn) oriëntatie die zowel overheden als de huidige markten waarin private actoren opereren veelal laten zien.

6. Human rights due diligence door bedrijven in verband met het klimaat kan (voorlopig) het beste worden vormgegeven in effectieve internationale initiatieven waarin door relevante belanghebbenden binnen een bepaalde markt wordt samengewerkt. De overheid dient die te stimuleren en te faciliteren, maar niet te verplichten.
7. Juristen binnen de overheid en private actoren dienen expertise op te bouwen omtrent de effectiviteit van transnationale multistakeholderinitiatieven, in het bijzonder in verband met de normen die binnen zulke initiatieven worden ontwikkeld, de governance en handhaving daarvan, en geschillenbeslechting.

Literatuurlijst

- Agnew, John, 'Sovereignty Regimes: Territoriality and State Authority in Contemporary World Politics', *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 95, nr. 2, 2005, p. 437-461.
- Alexander, Heather, and Jonathan Simon, 'No Port, No Passport: Why Submerged States Can Have No Nationals', *Washington International Law Journal*, vol. 26, nr. 2, April 2017, p. 307-322.
- Angell, Kim, 'New Territorial Rights for Sinking Island States', *European Journal of Political Theory*, online first 16 November 2017, p. 1-21.
- Ankersmit, L.J., *Globalization and the Internal Market: Process-based Measures within the EU Legal Order*, doctoral thesis, Vrije Universiteit Amsterdam, 2015.
- Ankersmit, Laurens, 'Handelen Met een Schoon Geweten: De Europese Interne Markt en Regulering van Fairtrade- en Groene Goederen', *Ars Aequi*, november 2015, p. 946-950.
- Arts, Karin, 'Children's Rights and Climate Change', in Claire Fenton-Glynn (ed.), *Children's Rights and Sustainable Development: Interpreting the UNCRC for Future Generations*, Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming May 2019, p. 216-235.
- Barkemeyer, Ralph, Lutz Preuss en Lindsay Lee, 'On the Effectiveness of Private Transnational Governance Regimes, Evaluating Corporate Sustainability Reporting According to the Global Reporting Initiative', *Journal of World Business*, vol. 50, 2015, p. 312-325.
- Bernaz, N., *Business and Human Rights, History, Law and Policy, Bridging the Accountability Gap*, London: Routledge, 2017.
- Besselink, Leonard, 'De Constitutioneel Meer Legitieme Manier van Toetsing: Urgenda voor het Hof Den Haag', *Nederlands Juristenblad*, jrg. 93, afl. 41, 2018, p. 3078-3082.

- Besson, Samantha, 'Sovereignty', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, <http://opil.ouplaw.com/home/epil>, last updated April 2011.
- Bijlmakers, Stephanie, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law*, London: Routledge, 2018.
- Blanchard, Catherine, 'Evolution or Revolution? Evaluating the Territorial State-Based Regime of International Law in the Context of the Physical Disappearance of Territory Due to Climate Change and Sea-Level Rise', *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 53, Cambridge University Press, 2016, p. 66-118.
- Bodansky, Daniel, Jutta Brunnee, and Lavanya Rajamani, *International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2017.
- Bogaard, Geerten, 'Urgenda en de Rol van de Rechter: Over de Ondraaglijke Leegheid van de Trias Politica', *Ars Aequi*, jrg. 65, afl. 1, januari 2016, p. 26-33.
- Boot, P.A., 'Ervaring met klimaatwetten in andere Europese landen', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 39-54.
- Brans, E.H.P., & M.W. Scheltema, 'Addressing Climate (Liability) Risks in the Financial Sector', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, C.J.H. Jansen & B.A. Schuijling (eds.), *Sustainability and Financial Markets*, Law of Business and Finance Series, vol. 17, Deventer: Wolters Kluwer, forthcoming 2019, chapter 4.
- Bree, Martin de, *Private Boring van Regelnaleving in het Omgevingsrecht*, Den Haag: Ministerie van Infrastructuur en Milieu, juni 2013.
- Brown, Oli, 'Migration and Climate Change', Geneva: International Organization for Migration, 2008, p. 11-12.
- Brus, Marcel, 'Het Klimaatakkoord van Parijs: Bouwen aan Wereldrecht of Bewijs van Falende Internationale Samenwerking?', *Ars Aequi*, jrg. 65, afl. 9, september 2016, p. 615-623.
- Bueno, Nicloas, 'The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability', in: L.F.H. Enneking et al. (eds), *Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards*, London: Routledge, forthcoming 2019.
- Burgers, Laura, 'Historic Moment in European Private Law: Urgenda Decision Upheld by Dutch Court of Appeal and Provided with Stronger Legal Ammunition', blogpost, 9 October 2018.
- Burns, Bridget (with inputs from Laura Hall, Vera Zhou and Stella Gama), *Pocket Guide to Gender Equality under the UNFCCC*, European Capacity Building Initiative, Oxford, 2017.

- Camps, M.R.P.M., 'Duurzame Duurzaamheidsinitiatieven', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 71-74.
- Carazo, María Pía, 'Contextual Provisions (Preamble and Article 1)', in: Daniel Klein et al., *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford University Press, 2017, chapter 6, p. 107-122.
- Cambridge Institute for Sustainability Leadership and Ecofys, *Better Partnerships, Understanding and Increasing the Impact of Private Sector Cooperative Initiatives*, August 2015.
- Corsi, Giulio, 'The New Wave of Climate Change Litigation: A Transferability Analysis', ICCG Reflection Nr. 59, Initiative on Climate Change policy and Governance, Venice, October 2017.
- Crow, Kevin, and Lina Lorenzoni Escobar, 'International Corporate Standards, Human Rights, and the Urbaser Standard', *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, heft 144, Juni 2017.
- Deva, Surya, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, London: Routledge, 2012.
- Dijk, J.J. van, 'Bestuursakkoord: Noodzakelijk, Maar Niet Voldoende', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 75-91.
- Douma, W.Th., *Annotatie in Jurisprudentie Milieurecht*, afl. 10, 6 november 2018, p. 1263-1278.
- Dudai, Ron, 'Climate Change and Human Rights Practice', *Journal of Human Rights Practice*, vol. 1, nr. 2, 2009, p. 294-307.
- Expert Group on Global Climate Change, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, The Hague: Eleven, 2018.
- Elaine Fahey, *Introduction to Law and Global Governance*, Cheltenham: Edward Elgar, 2018.
- Geisser, Gregor, 'Die Konzernverantwortungsinitiative – Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung', *Aktuelle Juristische Praxis*, nr. 8, 2017, p. 943-966.
- Gerbrandy, A., 'Klimaatakkoord(en) en het Mededingingsrecht', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 57-70.
- Giessen, Ivo, 'Van Tilburg via Wenen naar Oslo: De Oslo Principles en de Impact van 'Softe' Reguleringsinitiatieven in het Aansprakelijkheidsrecht', in: Michael Faure en Ton Hartlief (red.), *De Spier-Bundel: De Agenda van het Aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, 2016, p. 35-49.

- Helderman, J.K., & M.E. Honingh m.m.v. S. Thewissen, *Systeemtoezicht: Een Onderzoek naar de Conditie en Werking van Systeemtoezicht in Zes Sectoren*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie (WODC) en de interdepartementale werkgroep Handhaving en Gedrag, 2009.
- Hey, Ellen, en Federica Violi, 'The Hard Work of Regime Interaction: Climate Change and Human Rights', in: *Climate Change: Options and Duties under International Law*, Mededelingen van de KNVIR, nr. 145, Den Haag: Asser Press, 2018, p. 1-24.
- International Bar Association, 'Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption: Climate Change Justice and Human Rights Task Force Report', London: IBA, July 2014.
- IPCC, 'Global Warming of 1.5°C: An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty', October 2018, www.ipcc.ch/sr15.
- Jegade, Ademola Oluborode, 'Indigenous Communities Displaced by Climate Change and Extraterritorial Application of States' Obligations in Africa', in Lilian Chenwi and Takele Soboka Bulto (eds), *Extraterritorial Human Rights Obligations from an African Perspective*, Cambridge: Intersentia, 2018, p. 207-230.
- Kälin, Walter, and Nina Schrepfer, 'Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change: Normative Gaps and Possible Approaches', United Nations High Commissioner for Refugees, Legal and Protection Policy Research Series, Geneva: UNHCR, 2012.
- Kneepkens, M., 'The Scope for Exempting Anti-Competitive Self-regulation from the Cartel Prohibition', in: Adam McCann, Mandy van Rooij, Antenor Hallo de Wolf, and Richard Neerhof (eds), *When Private Actors Contribute to Public Interests*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2014, p. 27-50.
- Kuijer, Martin, en Wouter Werner, 'The Paradoxical Place of Territory in International Law', *Netherlands Yearbook of International Law*, 2016, p. 3-17.
- Kuijken, W.J., 'Het Perspectief van de Deltacommissaris', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 113-116.
- Kythreotis, Andrew Paul, 'Progress in Global Climate Change Politics? Reasserting National State Territoriality in a 'Post-Colonial' World', *Progress in Human Geography*, vol. 46, nr. 4, p. 457-474.
- Martinez Gandara, Alejandra, *The Law and Economics of Eco-Labels*, doctoral thesis, Erasmus University Rotterdam, 2013.

- Matisoff, Daniel, 'Sources of Specification Errors in the Assessment of Voluntary Environmental Programs: Understanding Program Impacts', *Journal of Policy Science*, vol. 48, nr. 1, 2015, p. 109-126.
- McLeman, Robert, 'Developments in Modelling of Climate Change-Related Migration', *Climate Change*, vol. 117, nr. 3, p. 599-611.
- Menting, Marie-Claire, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law*, doctoral thesis, Tilburg University, 2016.
- Merone, Lea, and Peter Tait, "'Climate Refugees': Is it Time to Legally Acknowledge Those Displaced by Climate Disruption?", *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, vol. 42, nr. 6, 2018, p. 508-509.
- Mulder, Herman, and Martijn Scheltema, 'Synthesis and Further Perspectives', in: Herman Mulder, Martijn Scheltema, Sander van 't Foort and Constance Kwan (eds), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises: a Glass Half Full - A Liber Amicorum for Dr. Roel Nieuwenkamp*, Paris: OECD, 2018.
- Mulder, Jotte, 'Een Duurzame Maatschappij, Wat Mag Dat Kosten?', *Nederlands Juristenblad*, jrg. 90, afl. 28, 2015, p. 1917-1919.
- Ober, Kayly, 'How the IPCC Views Migration: An Assessment of Migration in the IPCC AR5 WGII Report', *TransRe Fact Sheet*, issue nr. 1, University of Bonn: Department of Geography, November 2014.
- Ogochukwu, Basil, 'Litigating the Impacts of Climate Change: The Challenge of Legal Polycentricity', *Global Journal of Comparative Law*, vol. 7, nr. 1, 2018, p. 91-114.
- Palement, Philip, *Voluntary Sustainability Standards: Regulating and Coordinating in Transnational Law*, doctoral thesis, Tilburg University, 2015.
- Pattberg, P., en O. Widerberg, 'Transnational Multistakeholder Partnerships for Sustainable Development: Conditions for Success', *Ambio*, vol. 45, nr. 1, 2016, p. 47-48.
- Peel, Jacqueline, and Hari M. Osofsky, 'A Rights Turn in Climate Change Litigation', *Transnational Environmental Law*, vol. 7, nr. 1, 2018, p. 37-67.
- Pijnacker Hordijk, E.H., 'Beoordeling van Duurzaamheidsinitiatieven onder het Kartelverbod', *Markt & Mededinging*, afl. 6, 2013, p. 187-192.
- Pinkse, Jonathan, and Ans Kolk, 'Addressing the Climate Change-Sustainable Development Nexus: The Role of Multistakeholder Partnerships', *Business & Society*, vol. 51, nr. 1, 2012, p. 176-210.
- Posner, Eric A., 'Climate Change and International Human Rights Litigation: A Critical Appraisal', *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, nr. 6, 2007, p. 1925-1945.

- Ranganathan, Surabhi, 'Global Commons', *European Journal of International Law*, vol. 27, nr. 3, 2016, p. 693-717.
- Ryngaert, Cedric, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008, chapter 3 'The Territoriality Principle'.
- Sands, Philippe J., and Ilona Millar, 'Climate, International Protection', in Rüdiger Wolfrum et al. (eds), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/home/epil>, last updated January 2011.
- Scheltema, Martijn W., 'Assessing Effectiveness of International Private Regulation in the CSR Arena', *Richmond Journal of Global Law & Business*, vol. 13, nr. 2, 2014, p. 263-375.
- Scheltema, Martijn, 'The Need for an Integrated Comparison of the Effectiveness of International Sustainable Forestry, Coffee and Cocoa Initiatives', *Recht der Werkelijkheid*, vol. 35, nr. 3, 2014, p. 134-156.
- Scheltema, M.W., 'Transnationale Private Normen in het Bestuursrecht', in: *Hybride Bestuursrecht: Preadviezen*, VAR Vereniging voor Bestuursrecht, Den Haag: Boom, 2016, p. 87-177.
- Schurgens, Roel, 'Urgenda en de Trias: Enkele Staatsrechtelijke Kanttekeningen bij het Geruchtmakende Klimaatvonnis van de Haagse Rechter', *Nederlands Juristenblad*, jrg. 90, afl. 33, 2015, p. 2270-2277.
- Setzer, Joana, and Mook Bangalore, 'Regulating Climate Change in the Courts', in Alina Averchenkova, Sam Frankenhauser and Michal Nachmany (eds), *Trends in Climate Change Legislation*, Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 175-192.
- Sorgdrager, W., 'Een Klimaatbijeenkomst bij de Raad van State', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 11-27.
- Spier, Jaap, 'Private Law as a Crowbar for Coming to Grips with Climate Change?', in *Climate Change: Options and Duties under International Law*, Mededelingen van de KNVIR, nr. 145, Den Haag: Asser Press, 2018, p. 25-70.
- Sukeyasu, Yoshikichi, *Oh! My Motherland Is Sinking Into the Sea: A Message From the Republic of Kiribati*, Palazzo di Assisi: Associazione Casa Cantico delle Creature, 1998.
- UNICEF, *The Challenges of Climate Change: Children on the Front Line*, Florence: UNICEF Office of Research, 2014.
- UNICEF, *Unless We Act Now: The Impact of Climate Change on Children*, New York: UNICEF, 2015.
- United Nations Environment Programme (UNEP) in cooperation with Columbia Law School (Sabin Centre for Climate Change Law), *Climate Change and Human Rights*, Nairobi: UNEP, December 2015.
- United Nations Environment Programme (UNEP), *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review*, Nairobi: UNEP, May 2017.

- Verbruggen, Paul, 'Private Regulation as a Form of New Governance in the EU', in: Adam McCann, Mandy van Rooij, Antenor Hallo de Wolf, and Richard Neerhof (eds), *When Private Actors Contribute to Public Interests*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2014, p. 228-240.
- Verhey, L.F.M., 'Een Effectief Klimaatbeleid: Institutionele Aspecten', in: Raad van State, *Klimaatbeleid in Wetgeving en Akkoorden: Verslag van de Expertbijeenkomst van de Raad van State op 20 maart 2018*, Afdeling Advisering van de Raad van State, mei 2018, p. 103-112.
- Vranken, Jan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Algemeen Deel, Deventer: Kluwer 2005, nr. 87.
- Willcox, Susannah, 'Climate Change Innundation, Self-Determination, and the Atoll Island States', *Human Rights Quarterly*, vol. 36, nr. 4, 2016, p. 1022-1037.

Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?

Tineke Strik en Ashley Terlouw¹

Inhoud

1.	Inleiding	137
2.	Rechtsgrondslagen voor verantwoordelijkheid voor vluchtelingen	138
2.1	<i>Territorialiteit en soevereiniteit beperkt door verantwoordelijkheid</i>	138
2.2	<i>De geest van het Vluchtelingenverdrag</i>	140
2.3	<i>Welke staat is verantwoordelijk en aansprakelijk?</i>	143
2.4	<i>Partners in crime</i>	144
2.5	<i>Gedeelde verantwoordelijkheid</i>	146
2.6	<i>Verantwoordelijkheid van een internationale organisatie</i>	147
2.7	<i>Jurisdictie</i>	149
2.8	<i>Effectieve verantwoordelijkheid: oplossingsrichtingen</i>	151
3.	Mondiale verantwoordelijkheidsverdeling	153
3.1	<i>Opvang in de regio</i>	153
3.2	<i>Grensbarrières</i>	156
3.3	<i>Externalisering</i>	157
3.4	<i>De Verklaring van New York</i>	163
3.5	<i>Global compacts</i>	163
3.6	<i>Naar mondiaal juridisch bindende afspraken over verantwoordelijkheidsverdeling?</i>	165

1. Wij danken de meelezers René Bruin, Kees Groenendijk en Henri de Waele, de referenten Maarten den Heijer en Amélie Poméon en de masterstudenten Daniël van Dijk en Kris van der Pas voor hun nuttige commentaren en suggesties en de student-assistente Eva Kersten voor haar redactiewerk.

4.	Europese externalisering en verantwoordelijkheidsverdeling	166
4.1	<i>Het EHRM en staatsverantwoordelijkheid</i>	167
4.2	<i>Uitbreiding van jurisdictie?</i>	170
4.3	<i>De externe dimensie van EU-asielbeleid</i>	172
4.4	<i>Veilige derde landen</i>	178
4.5	<i>Turkije een veilig derde land?</i>	179
4.6	<i>Meer deals</i>	182
4.7	<i>Verantwoordelijkheid is niet af te kopen</i>	182
5.	Verantwoordelijkheidsverdeling binnen de EU	183
5.1	<i>Weeffout in het systeem van verantwoordelijkheidsverdeling</i>	184
5.2	<i>Wederzijds vertrouwen?</i>	185
5.3	<i>Falen van het Dublinsysteem</i>	186
5.4	<i>Wederzijds wantrouwen</i>	189
5.5	<i>Nieuwe plannen en ontwikkelingen: geen solidariteit</i>	190
5.6	<i>Asielagentschap van de Europese Unie; een Europese IND?</i>	193
5.7	<i>Onevenwichtige interne verantwoordelijkheidsverdeling</i>	195
6.	Conclusies en stellingen	196
6.1	<i>Naar een rechtvaardige verantwoordelijkheidsverdeling?</i>	196
6.2	<i>Stellingen</i>	204
7.	Literatuur	205

1. Inleiding

De vluchtelingenproblematiek is grensoverschrijdend en wereldwijd. Als het om vluchtelingen gaat, worden per definitie territoriale grenzen overschreden. Een vluchteling is volgens de definitie van het Vluchtelingenverdrag van 1951 immers iemand die buiten zijn land verblijft en recht heeft op bescherming.

Binnen het algemene thema van territorialiteit en soevereiniteit, richten wij ons in dit preadvies over het vluchtelingenrecht op de vraag naar de verantwoordelijkheid. De kernvraag die wij in dit preadvies willen beantwoorden, is of er een gezamenlijke verantwoordelijkheid van staten bestaat of zou moeten bestaan voor het vluchtelingenvraagstuk. Die vraag is relevant omdat vluchtelingen fysiek niet evenredig zijn verdeeld over de landen wereldwijd en wordt des te relevanter door de tendens in het rijke Westen (Australië, EU, VS) om de binnenkomst van vluchtelingen op hun grondgebied tegen te gaan. Als vluchtelingen zich eenmaal op het grondgebied van een ander land dan het herkomstland bevinden, ligt de verantwoordelijkheid duidelijk bij dat gastland. Maar hoe zit het met de verantwoordelijkheid van andere staten als vluchtelingen in het gastland geen of gebrekkige toegang tot statusdeterminatie, bescherming en opvang hebben? Is er dan toch een grensoverstijgende internationale verantwoordelijkheid die landen zou moeten aanzetten tot het waarborgen van statusdeterminatie, bescherming en opvang? En hoe ver strekt de verantwoordelijkheid van een land dat vluchtelingen fysiek afhoudt van het bereiken van zijn grondgebied en de toegang tot een asielprocedure, al dan niet door middel van afspraken met buurlanden?

We gaan na wat de begrippen territorialiteit, verantwoordelijkheid en soevereiniteit betekenen voor het vluchtelingenrecht, met nadruk op de vraag of het recht een grondslag biedt voor een plicht tot onderlinge solidariteit, wat dit in de praktijk betekent en of de praktijk in overeenstemming is met het recht.

In hoofdstuk 2 gaan we in op het mondiale vluchtelingenrecht en bespreken we de vraag of uit het Vluchtelingenverdrag, een andere internationale rechtsgrond of uit het internationale gewoonterecht een juridische verantwoordelijkheid kan worden afgeleid van staten voor de bescherming van vluchtelingen die zich buiten hun territoir bevinden.

Vervolgens gaan we in hoofdstuk 3 na of er in de mondiale praktijk sprake is van een gezamenlijke verantwoordelijkheid. We bespreken in dit hoofdstuk het fenomeen opvang in de regio en de toenemende mondiale praktijk van externalisering van het asielbeleid. Onder externalisering verstaan we alle manieren waarop staten voorkomen dat zij verantwoordelijk zijn voor de behandeling van asielerzoekers binnen hun grenzen. We sluiten het hoofdstuk af met de vraag of het *UN Global Compact on the Refugees*, dat in

december 2018 in een resolutie van de Algemene Vergadering van de VN is vastgesteld, in die mondiale praktijk iets zal veranderen.

Hoofdstuk 4 en hoofdstuk 5 gaan respectievelijk over de verdeling van verantwoordelijkheid tussen de EU en derde landen en die binnen de EU. Deze hoofdstukken kunnen worden beschouwd als een *case-study* van regionale verantwoordelijkheidsverdeling. De EU-lidstaten maken in toenemende mate afspraken met derde landen over het tegenhouden en overnemen van vluchtelingen, daarbij gebruikmakend van hun onderhandelingsruimte op andere beleidsterreinen. Opnieuw is hier de vraag wat deze externalisering betekent voor de verdeling van de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen. Gelden het EVRM en het EU-asielrecht ook voor vluchtelingen die worden tegengehouden op zee? Worden in de overeenkomsten met derde landen ook afspraken gemaakt over mensenrechten en hoe wordt toegezien op de naleving daarvan?

We onderzoeken vervolgens of de verantwoordelijkheidsverdeling binnen de EU als voorbeeld zou kunnen dienen voor een verdeling op mondiaal niveau. De verantwoordelijkheidsverdeling onder de Dublinverordening functioneert echter slecht. Lidstaten aan de buitengrenzen worden onevenredig zwaar belast. Wat zijn de gevolgen van de huidige verantwoordelijkheidsverdeling tussen de EU-lidstaten voor bijvoorbeeld de situatie van asielzoekers in Griekenland en Italië? En wat is nog de betekenis van het Gemeenschappelijk Europees Asielstelsel nu Hongarije weigert asielzoekers op te nemen en landen als Frankrijk en Duitsland asielzoekers aan de binnengrenzen terugsturen naar een andere lidstaat? Omdat interstatelijk vertrouwen en de veronderstelling van een geharmoniseerd asielsysteem ten grondslag liggen aan de verantwoordelijkheidsverdeling, onderzoeken we tevens de oorzaken van het gebrek aan naleving van de Europese standaarden door sommige lidstaten. We bespreken in dit hoofdstuk ook de rol van de Europese Agentschappen en de voorstellen voor nieuwe asielverordeningen van de Europese Commissie.

In het slothoofdstuk 6 formuleren we conclusies, aanbevelingen en stellingen, waarbij we ingaan op de moraal, de politiek en het recht.

2. Rechtsgrondslagen voor verantwoordelijkheid voor vluchtelingen

2.1 Territorialiteit en soevereiniteit beperkt door verantwoordelijkheid

Het recht om te beslissen over toegang en toelating van vreemdelingen tot het grondgebied is een centraal onderdeel van de soevereiniteit van een land. Het kan hiermee immers zijn bevolking en nationaal beleid beschermen, maar ook inhoud geven aan zijn relaties met andere landen. Omwille van internationale samenwerking hebben landen grote concessies

gedaan aan hun soevereiniteit. Een belangrijke inperking van de soevereiniteit ten aanzien van toegang, toelating en uitzetting van vreemdelingen, is gelegen in internationale en regionale afspraken over het beschermen van asielzoekers en vluchtelingen tegen mensenrechtenschendingen.

Op mondiaal niveau zijn deze afspraken voornamelijk neergelegd in het Vluchtelingenverdrag. Het Vluchtelingenverdrag, in 1951 gesloten om de problematiek van de naoorlogse vluchtelingen in Europa op te lossen, vormt een erkenning van de verantwoordelijkheid van alle ondertekenende staten. Een vluchteling mag niet worden teruggestuurd naar zijn land (het principe van *non-refoulement*). Naast dit verbod van *direct refoulement*, mogen landen een vluchteling evenmin (terug)sturen naar een ander land waar hij het risico loopt op *refoulement* naar zijn herkomstland. Ook dit verbod van *indirect refoulement* is als een positieve verplichting van de verdragsstaten te beschouwen.

Het Vluchtelingenverdrag biedt daarnaast nog meer waarborgen voor vluchtelingen. Zo worden ze gevrijwaard van bestraffing voor illegale binnenkomst en genieten ze gelijke rechten met betrekking tot onder andere toegang tot zorg, sociale bijstand, huisvesting, onderwijs en de arbeidsmarkt. Deze rechten voor vluchtelingen hebben tot doel om te voorzien in 'plaatsvervangende bescherming', vanuit de gedachte dat andere staten moeten instaan voor de bescherming van mensenrechten als de eigen overheid deze niet langer kan of wil waarborgen.² Maar welke van de 150 verdragsluitende staten waarborgen inderdaad de toegang tot zorg, sociale bijstand, huisvesting en arbeid en welke staat draagt in welke situatie de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van deze rechten?

In debatten over een oplossing voor het verdelingsvraagstuk wordt vaak aan het Vluchtelingenverdrag gerefereerd. Het verdrag verplicht wel tot het bieden van bescherming aan vluchtelingen, maar bevat geen expliciete verplichting tot samenwerking of onderlinge solidariteit. De verdragsluitende partijen konden het alleen eens worden over een verwijzing in de preambule, maar voor een meer concrete uitwerking van die samenwerking bleek geen draagvlak.³ Wel impliceert de plicht tot samenwerking en het faciliteren van de UNHCR als toezichthoudend en uitvoerend orgaan dat verdragsstaten moeten samenwerken. Het begrip solidariteit is in het geheel niet opgenomen in het Vluchtelingenverdrag. Niettemin nam de VN Algemene Vergadering in 1967 vanuit de solidariteitsgedachte de Verklaring over Territoriaal Asiel aan, waarin staten beloven om maatregelen te overwegen voor steun aan andere staten die problemen ondervinden om het recht op asiel te (blijven) garanderen.⁴ Alle pogingen

2. Gammeltoft-Hansen & Hathaway 2015, p. 258.

3. Overweging 4 van de Preambule bij het Vluchtelingenverdrag. Zie Garlick 2016, p. 49.

4. United Nations General Assembly, Declaration on Territorial Asylum (1967) UNTS 189 (2545).

nadien om deze verklaring om te werken tot verdrag met concrete bindende afspraken voor een evenredige verdeling van de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen, liepen echter op niets uit.⁵ Het ontbreken van een formele rechtsbasis neemt niet weg dat er in de praktijk wel degelijk sprake is van samenwerking en ook van ondersteuning van staten die de meeste vluchtelingen opvangen. Ook het Uitvoerend Comité bij het Vluchtelingenverdrag baseert zijn aanbevelingen vaak op het principe van samenwerking, internationale solidariteit en evenredige verdeling van de verantwoordelijkheid.⁶ Maar door het ontbreken van concrete juridische verplichtingen kunnen staten niet worden gedwongen hun verantwoordelijkheid te nemen.

De onevenredig grote verantwoordelijkheid die buurlanden in de regio dragen en de toenemende tendens van afhouden en afschuiven door andere landen, maakt het debat over internationale samenwerking en verantwoordelijkheidsverdeling alleen maar urgenter. Gebrek aan samenwerking en solidariteit leidt ertoe dat vluchtelingen terechtkomen en blijven in de al overbelaste staten in de regio's, die hierdoor moeite hebben met het nakomen van hun verplichtingen onder het Vluchtelingenverdrag. Vluchtelingen zijn daar bovendien niet altijd verzekerd van het recht op bescherming omdat niet alle staten van toevlucht partij zijn bij het Vluchtelingenverdrag. En niet alle verdragsstaten in staat zijn om adequate bescherming te bieden. Voorziet het internationaal (publiek)recht in mogelijkheden om de lasten en verantwoordelijkheden beter te verdelen en zo ja, op welke wijze?

2.2 De geest van het Vluchtelingenverdrag

Voor een antwoord op deze vraag kijken we allereerst naar het Vluchtelingenverdrag zelf. Bij de verwijzing in de preambule naar het belang van internationale samenwerking, wijzen de verdragsstaten op de disproportioneel zware belasting die het bieden van asiel voor sommige landen met zich brengt.⁷ Dit formeel vastgelegde besef verklaart dat de term solidariteit vaak wordt gebruikt in juridische instrumenten, politieke verklaringen en deskundigenadviezen met betrekking tot het mondiale vluchtelingenvraagstuk. Sinds de inwerkingtreding van het Vluchtelingenverdrag zijn de concepten van solidariteit en verantwoordelijkheidsverdeling verder ontwikkeld in het internationale recht als uitwerking van de

5. Third Committee of the UN General Assembly, 32nd session, 1977 en 33rd session, 1978; zie Weis 1979, p. 168.

6. Zie bv de ExCom-conclusies nr. 5 (XXVI) (1977) en nr. 89 (LI) (2000).

7. Zie considerans punt 4 bij het Vluchtelingenverdrag: 'Considering that the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution (...) cannot (...) be achieved without international cooperation'; zie ook Garlick 2016, par. 2.2.1.

plicht tot internationale samenwerking.⁸ Multilaterale afspraken over steun aan ontwikkelingslanden bijvoorbeeld, zijn gebaseerd op het belang van mondiaal evenwicht ‘*whereby those nations that have the necessary means are expected to assist those that do not*’.⁹

De plicht tot interstatelijke solidariteit bij de opvang van vluchtelingen vloeit in eerste instantie voort uit het doel van het verdrag. Zeker bij plotseling grote aantallen vluchtelingen als gevolg van een oorlog, is solidariteit en samenwerking een *conditio sine qua non* om het *non-refoulement* beginsel effectief te kunnen garanderen.¹⁰ Door het effectiviteitsbeginsel verkrijgen verdragsbepalingen, zoals in casu het recht op bescherming, ‘*the fullest weight and effect consistent with the language used [...] and in such a way that every part of it can be given meaning*’.¹¹ Vooral in het internationale recht, waar bindende toezichtmechanismes veelal ontbreken is het cruciaal dat het vereiste van doeltreffendheid leidend is bij de implementatie. In een studierapport wijst de *International Law Commission* (zie verder onder par. 2.3) erop dat toezichthoudende organen bij het toetsen aan mensenrechtenverdragen het *effet utile* veel indringender meewegen dan bij de interpretatie van andere verdragen.¹²

Grahl-Madsen destilleert uit het doel van het Vluchtelingenverdrag een contractuele verplichting van verdragsstaten ten gunste van vluchtelingen en van andere verdragsstaten.¹³ Ten aanzien van de laatste groep kan volgens hem een ‘horizontale solidariteit’ worden ingeroepen om onevenwichtigheden tussen verdragsstaten te herstellen.¹⁴ Het is gezien de structurele onevenwichtigheden en de geografische ligging van herkomstlanden van vluchtelingen niet verrassend dat verantwoordelijkheidsverdeling een vaak terugkerend thema is voor het Uitvoerend Comité bij het Vluchtelingenverdrag.¹⁵ Milner spreekt over *burden-sharing* en definieert dit als ‘*the mechanism through which the diverse costs to a state of granting asylum to refugees are more equitably divided among States*’.¹⁶ De term *burden-sharing* is de laatste decennia vervangen door de term *responsibility-sharing*. Daarmee is erkend dat vluchtelingen rechtsdragers zijn en een bijdrage kunnen leveren aan hun gastlanden en dus niet als last moeten worden *geframed*.

8. De verplichting tot samenwerking, inclusief humanitaire samenwerking, is ook verankerd in art. 55 en 56 van het VN Handvest van 24 oktober 1945. Zie verder Alston 1982; Hurwitz 2009, p. 165.

9. Fonteyne 1983, p. 179.

10. Fonteyne 1983, p. 162-188.

11. Merrills 1993, p. 98.

12. International Law Commission 2006.

13. Grahl-Madsen 1982, p. 75.

14. Boisson de Chazournes 2010, p. 102.

15. Zie bijv. UNHCR, ExCom-conclusies nr. 15 uit 1979, nr. 77 uit 1995, nr. 79 en 80 uit 1996, nr. 80 en 85 uit 1998.

16. Milner 2005, p. 56-57.

Daarnaast werkt de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen ook door naar landen die geen partij zijn bij het Vluchtelingenverdrag. Onder experts op het gebied van asielrecht is er steeds meer steun voor de erkenning van het *non-refoulement* beginsel als algemeen erkende norm van *jus cogens* in het internationaal recht.¹⁷ Typerend voor een *jus cogens* norm is dat er niet van kan worden afgeweken, ook niet door landen die deze norm niet in een verdragsrechtelijke verplichting hebben erkend.¹⁸ Bovendien roept het verplichtingen in het leven voor alle staten. Een ernstige en systematische schending van het *non-refoulement* beginsel in één staat, leidt dan tot een positieve verplichting van de andere staten om gezamenlijk deze schending een halt toe te roepen. Ook hebben ze een negatieve verplichting om geen ‘*aid or assistance*’ te verlenen aan de schendende staat.¹⁹ Als één van de argumenten noemen de voorstanders dat het absolute verbod op foltering onder de reikwijdte van de *jus cogens* normen valt.²⁰ Ook zien zij bevestiging in de ExCom-conclusies waarin al in 1982 werd opgemerkt dat *non-refoulement* gaandeweg het karakter kreeg van een dwingende norm van internationaal recht.²¹ Battjes wijst er echter op dat een ExCom-conclusie niet kan worden beschouwd als een *opinio juris* van de gehele internationale gemeenschap, en dat de mogelijkheid onder het Vluchtelingenverdrag om bepaalde vluchtelingen (die een bedreiging vormen van de nationale veiligheid en openbare orde) te refouleren niet verenigbaar is met het dwingende karakter van een *jus cogens* norm.²² *Refoulement*-verboden in andere mensenrechtenverdragen daarentegen hebben wel een absoluut karakter.²³ De erkenning van het *non-refoulement*-beginsel als norm van internationaal gewoonterecht wordt echter wel breed aanvaard.²⁴

De universele erkenning van het *non-refoulement* beginsel heeft drie rechtsgevolgen. Ten eerste kan een vluchteling het verbod van *refoulement* ook inroepen als hij onder de jurisdictie valt van een niet-verdragsstaat. Ten tweede biedt het een grondslag voor een wereldwijde organisatie van solidariteit om *refoulement* te voorkomen. Ten derde kan het de geldigheid aantasten van verdragen die strijdig zijn met deze norm.²⁵ Het *non-refoulement* beginsel als onderdeel van het internationaal gewoonterecht

17. Zie o.a. Allain 2002, p. 533; Orakhelashvili 2006, p. 56; Costello & Foster 2015.

18. Zie o.a. Wouters 2010, p. 30.

19. Costello & Foster 2015, p. 315.

20. Zie International Law Commission 2006, p. 182. De ILC verwijst hiervoor naar Joegoslaviëtribunaal (Trial Chamber II) 10 december 1998, nr. IT-95-17/1 (*Prosecutor/Anto Furundžija*); zie ook ILR 2002 (121), p. 260, para. 153.

21. UNHCR, ExCom-conclusie nr. 25 (XXXIII) uit 1982, onder par. b; zie ook Allain 2002, p. 539.

22. Battjes 2006, par. 2.1.3.

23. Zie art. 3 Verdrag tegen Foltering, art. 7 IVBPR en art. 3 EVRM.

24. Zie o.a. Goodwin-Gill & McAdam 2007, p. 2018 en 354; Wallace 2014, p. 435.

25. Art. 53 Weens Verdragenverdrag.

zou daarom ook een belangrijk toetsingskader dienen te vormen voor internationale overeenkomsten die landen sluiten en waarbij zij de verantwoordelijkheid voor de bescherming van vluchtelingen overdragen.

2.3 Welke staat is verantwoordelijk en aansprakelijk?

Naast de gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle staten om *non-refoulement* te voorkomen, die uit het Vluchtelingenverdrag kan worden afgeleid, biedt het internationale recht ook handvatten voor een individuele aansprakelijkheid van staten voor een schending van een internationale verplichting (in dit geval het *refoulement*-verbod), al dan niet in gezamenlijkheid met een ander land. Hieronder gaan we in op de criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald wanneer een land verantwoordelijk is om iets te doen of na te laten. Als we spreken over aansprakelijkheid, doelen we op de verplichting die voortvloeit uit een bepaald handelen of nalaten dat kan worden toegerekend aan een staat, indien het handelen of nalaten heeft geleid tot een onrechtmatige daad.

Eén van de bronnen van internationaal recht voor het vaststellen van aansprakelijkheid wordt gevormd door de (ontwerp)Artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid (verder ASR) van de *International Law Commission* (verder ILC), die in 2001 zijn voorgelegd aan de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.²⁶ Deze op internationale jurisprudentie en interpretaties van gezaghebbende juristen gebaseerde artikelen zijn invloedrijk maar niet geheel zonder controverse.²⁷ Bovendien ontbreekt een reflectie op de meer recente ontwikkelingen, zoals die van de externalisering van grenscontroles. Toch bieden ze houvast voor het bepalen van de aansprakelijkheid van een staat voor schendingen van het internationale recht buiten zijn grondgebied. Belangrijk in deze context is dat de reikwijdte van de artikelen zich uitstrekt tot niet-verdragsrechtelijke internationale verplichtingen en er hierbij geen verschil bestaat tussen bilaterale en multilaterale verplichtingen.²⁸

Volgens art. 2 van de ASR vormt een handelen of nalaten dat toerekenbaar is aan een staat en een schending van een internationale verplichting behelst een internationale onrechtmatige daad. Dit laatste zou aan de orde kunnen zijn als een land weigert om vluchtelingen die met vervolging worden bedreigd in bescherming te nemen. Een beperking hierbij is evenwel dat een persoon pas onder de bescherming van het Vluchtelingenverdrag valt als hij zijn land heeft verlaten. Wel zouden bij een (dreigende) mensenrechtenschending in het herkomstland art. 3 EVRM,

26. Zie ILC, Draft Articles on State Responsibility, Official Records of the General Assembly, Fifth-sixth Session (A/56/10) en Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two.

27. Zie o.a. Caron 2002.

28. Crawford 2012.

art. 3 AFV en art. 7 IVBPR eventueel kunnen nopen tot actie door een staat waarvan de bescherming wordt ingeroepen.²⁹ De ILC erkent tevens dat bepaalde *wrongful acts* niet alleen een zaak betreffen tussen twee staten, maar ook meerdere staten, andere subjecten van het internationaal recht of zelfs de internationale gemeenschap kunnen aangaan. Omdat het *non-refoulement* beginsel een norm is van internationaal gewoonterecht, kan een schendende staat ook door de internationale gemeenschap of door vluchtelingen aansprakelijk worden gesteld vanwege schending van een '*obligatio erga omnes*'.³⁰

Landen als Australië en de VS, maar ook de lidstaten van de EU nemen in het kader van de bestrijding van illegale migratie in samenwerking met andere landen in toenemende mate hun toevlucht tot de politiek van '*non-entrée*', het weigeren van de toegang van asielzoekers tot hun grondgebied (zie verder hoofdstuk 3). Dit leidt tot de vraag wat dergelijke samenwerkingsvormen betekenen voor de vaststelling van de jurisdictie en voor de (gezamenlijke) verantwoordelijkheid voor *non-refoulement*.

2.4 *Partners in crime*

Hoewel de ILC als uitgangspunt hanteert dat staten een zelfstandige verantwoordelijkheid dragen voor schendingen van het internationale recht, is in art. 16-18 een afgeleide verantwoordelijkheid erkend voor landen die gezamenlijk een onrechtmatige daad plegen. Als het gaat om hulp of ondersteuning van een andere staat bij een onrechtmatige daad, draagt de ondersteunende staat een afgeleide verantwoordelijkheid als hij weet had van de omstandigheden van de schending en als de handeling ook tot een schending zou leiden als hij de handeling zelf zou hebben gepleegd. Deze criteria gelden ook als een staat een andere staat stuurt en controleert bij het plegen van een onrechtmatige daad of zelfs deze staat hiertoe dwingt, maar in het laatste geval is de verantwoordelijkheid wel groter.³¹ Naast de twee hierboven genoemde criteria, voegt de ILC in haar commentaar als voorwaarde toe dat de staat de ondersteuning biedt met het oogmerk om de schending zelf mogelijk te maken.³² Het is opmerkelijk dat zo'n significante uitbreiding van de criteria in een commentaar is opgenomen en niet in de artikelen zelf. Het oogmerk als voorwaarde gaat

29. Zie de redenering van A-G Mengozzi in de zaak X en X tegen België, 7 februari 2017, C-638/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:93, par. 139-140, die de plicht tot visumverlening aan Syrische vluchtelingen baseerde op art. 4 EU-Handvest in het licht van art. 3 EVRM.

30. ILC, Draft Articles on State Responsibility, Commentary on Article 1, p. 33-34, Official Records of the General Assembly, Fifth-sixth Session (A/56/10).

31. ILC, Draft Articles on State Responsibility, Commentary on Articles 16-18, paras. 4-6 in Official Records of the General Assembly, Fifth-sixth Session (A/56/10).

32. ILC, Draft Articles on State Responsibility, Articles 16-18, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, p. 66, par. 5.

immers beduidend verder dan kennis van de omstandigheden. Er is echter voldoende steun voor het standpunt dat dit criterium zo moet worden uitgelegd dat een staat *wist of had moeten weten* van de omstandigheden van de internationale onrechtmatige daad.³³ Het terugsturen of tegenhouden van vluchtelingen in de wetenschap dat ze als gevolg daarvan in een menonwaardige situatie terecht komen, zou in onze ogen als onrechtmatige daad kunnen worden beschouwd, omdat het strijdig is met het verbod van *refoulement*. Hetzelfde geldt voor de situatie dat een land een ander land verzoekt en betaalt om vluchtelingen te weerhouden zijn territorium te bereiken, in de wetenschap dat zij in dat andere land het risico op *refoulement* lopen.

Om een staat aansprakelijk te houden vanwege het bieden van hulp aan een staat die een onrechtmatige daad pleegt, is vereist dat deze hulp significant heeft bijgedragen aan de schending. Dit criterium vereist enig causaal verband.³⁴ De verantwoordelijkheid van de helpende staat is beperkt tot de mate waarin zijn eigen handelingen de schending hebben veroorzaakt. De geholpen staat behoudt daarnaast zijn zelfstandige verantwoordelijkheid. De ILC benadrukt in haar commentaar dat de artikelen beogen te voorkomen dat staten hun verplichtingen kunnen ontlopen. Met andere woorden: een staat mag niet een andere staat laten doen wat hij zelf niet mag. Dat wil zeggen dat als een staat een andere staat helpt het verbod van *refoulement* te schenden, die staat daarvoor zelf ook verantwoordelijk wordt, ongeacht of de 'refoulerende' staat zelf partij is bij het Vluchtelingenverdrag.

Voor een effectieve aanpak van omzeiling van verplichtingen is het voldoende dat de hulp begint of wordt voortgezet in de wetenschap dat het *refoulement*-verbod door het andere land wordt geschonden.

En is het nodig dat *refoulement* daadwerkelijk plaatsvindt, of zou gevaarzetting op zichzelf niet al problematisch moeten zijn? In het asielrecht draait het bij de beoordeling van asielverzoeken om een beoordeling van het *risico*. Of de terugsturende staat het *refoulement* verbod schendt, is daarom niet afhankelijk van het daadwerkelijk intreden van het effect in het land van ontvangst. In dat opzicht zijn de criteria van art. 16 van de ASR fundamenteel anders dan die van het *refoulement*-verbod zoals dat in het Vluchtelingenverdrag en andere mensenrechtenverdragen is opgenomen.

Overigens kan een staat ook verantwoordelijk worden gehouden als hij niet heeft ingegrepen om de onrechtmatige daad van een ander land te

33. Moynihan 2018; Lanovoy 2014, p. 135-169.

34. Moynihan 2016, p. 8; Crawford, p. 402.

voorkomen of op zijn minst de daaruit voortvloeiende schade te beperken.³⁵ Ter illustratie noemt de ILC de onafhankelijke verantwoordelijkheid van Albanië zoals vastgesteld in de *Corfu Channel*-zaak voor het nalaten om het Verenigd Koninkrijk te waarschuwen voor de aanwezigheid van mijnen in de Albanese wateren.³⁶ Een dergelijke aanname in de context van migratiesamenwerking is denkbaar als een land de overdracht van vluchtelingen aan een land niet stopzet, nadat het kennis heeft verkregen over de mensenrechtenschendingen die het partnerland begaat ten aanzien van die vluchtelingen. Als zij met *refoulement* worden bedreigd in dat andere land, zou er zelfs een plicht tot wedertoelating kunnen ontstaan. Het is in het verlengde daarvan relevant te onderzoeken of en wanneer een staat een positieve verplichting heeft tot hervestiging van vluchtelingen die nooit op zijn grondgebied zijn geweest, als de weigering daarvan zou leiden tot *refoulement*. De ILC hanteert echter als uitgangspunt dat verantwoordelijkheid voor een *wrongful act* gepleegd door een andere staat alleen bij wijze van uitzondering kan worden aangenomen. Dat komt ook tot uiting in de zware criteria voor de bewijslast ten aanzien van de vaststelling van deze verantwoordelijkheid.³⁷

2.5 Gedeelde verantwoordelijkheid

In de hierboven geschetste concepten van verantwoordelijkheid bij samenwerking, is er steeds sprake van een onafhankelijke (exclusieve) verantwoordelijkheid voor elke actor. Ook als een *wrongful act* ontstaat uit een gezamenlijke actie, behouden de betrokken landen hun individuele verantwoordelijkheid. Hoewel met dit principe is beoogd dat landen hun verantwoordelijkheid niet kunnen ontlopen, kan het in de praktijk betekenen dat getroffen niet kunnen achterhalen welke staat voor welke schade kan worden aangesproken. Om dergelijke situaties te voorkomen, is het concept van gedeelde verantwoordelijkheid ontwikkeld, op basis waarvan meerdere staten *gezamenlijk* verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor dezelfde *wrongful act*. Dit concept, dat kort wordt behandeld in art. 47 van de ASR, biedt individuen meer mogelijkheden voor het verhalen van schade bij gezamenlijke acties, bijvoorbeeld op het gebied van grenscontrole en migratie. Mede daarom lijkt het beter geschikt voor het vaststellen van aansprakelijkheid bij mondiale grensoverschrijdende samenwerking die tot schade leidt, waar sprake is van een grote mate van

35. ILC, Draft Articles on State Responsibility, Commentary on Articles 16-18, paras. 4-6 in Official Records of the General Assembly, Fifth-sixth Session (A/56/10), p. 64, par. 4.

36. IGH 9 april 1949 (Merits), *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland/Albania)*.

37. Nollkaemper 2018, p. 526.

onderlinge afhankelijkheid.³⁸ Nollkaemper heeft in zijn SHARES-project uitgebreid onderzoek gedaan naar dit relatief onderontwikkelde concept en de toepasselijkheid ervan.³⁹ Volgens Nollkaemper geldt deze gedeelde verantwoordelijkheid voor *a single harmful outcome*. De actoren zijn niet, zoals bij de individuele of onafhankelijke verantwoordelijkheid, elk voor een eigen deel aansprakelijk maar dragen volledig verantwoordelijkheid voor de gehele *wrongful act*. Een *wrongful act* kan verschillende vormen aannemen en zowel het berokkenen van materiële als immateriële schade aan derden omvatten.⁴⁰

Gedeelde verantwoordelijkheid kan daarentegen tot slechts een beperkte aansprakelijkheid leiden als door de veelheid van betrokken actoren de mate van verantwoordelijkheid van elke actor erg klein wordt en onvoldoende helder is welke bijdrage de verschillende actoren hebben geleverd aan de *wrongful act* (*the problem of many hands*). Om dit te voorkomen, stelt Nollkaemper drie vormen van verantwoordelijkheid voor bij gezamenlijke acties. Ten eerste, in het geval van *wrongful acts* gepleegd door gezamenlijke organen, is elke betrokken staat verantwoordelijk voor de gehele schade. Ten tweede zijn alle betrokken staten volledig verantwoordelijk als de afzonderlijke individuele acties culmineren in één *wrongful act*. Ten derde zijn alle betrokken staten volledig verantwoordelijk als meerdere staten deelnemen aan een gezamenlijke actie die resulteert in een *wrongful act*, ook als de onrechtmatige daad het gevolg is van een handeling van slechts een actor. In dit voorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen het toerekenen van gedrag en het toerekenen van verantwoordelijkheid. Volgens Nollkaemper zou bij multilaterale verdragen of afspraken een systeem van monitoring en toezicht op de uitvoering kunnen helpen om het aandeel van afzonderlijke landen in een onrechtmatige daad te identificeren. Het concept van gedeelde verantwoordelijkheid kan met name uitkomst bieden bij mensenrechtenschendingen als gevolg van gezamenlijke acties van landen of van de EU en lidstaten gezamenlijk. Daarbij kan het verschil maken of een actie bestaat uit een fysieke actie (toegang weigeren tot bescherming of overdragen aan een ander land), een overeenkomst (met een derde land of organisatie) of een financiering die leidt tot schending van het vluchtelingenrecht.

2.6 Verantwoordelijkheid van een internationale organisatie

Volgens art. 57 van de ASR laten de regels voor staatsverantwoordelijkheid de verantwoordelijkheid van internationale organisaties onverlet. In

38. Nollkaemper 2018, p. 524-544.

39. Sharesproject.nl; zie ook Nollkaemper & Jacobs 2013 en Nollkaemper & Klakoefalos 2017.

40. Nollkaemper & Klakoefalos 2017, p. 367.

december 2011 nam de Algemene Vergadering kennis van de ILC-artikelen over de verantwoordelijkheid van internationale organisaties (Aansprakelijkheid van Internationale Organisaties, afgekort tot ARIO).⁴¹ Net als de ASR zijn ook de ARIO niet vrij van controverse, omdat ze lang niet door iedereen worden gezien als volmaakte codificatie van bestaand gewoonterecht ter zake. Gelet op de brede definitie van een internationale organisatie (vastgesteld bij verdrag, internationale rechts-persoonlijkheid), valt de EU zonder meer binnen de reikwijdte van de ARIO. De criteria voor verantwoordelijkheid voor *wrongful acts* zijn grotendeels gelijk aan die voor staatsverantwoordelijkheid, om fragmentatie in het internationale recht en het ontlopen van verantwoordelijkheid te voorkomen. Nu internationale organisaties op het mondiale niveau veel macht kunnen uitoefenen vanwege de bevoegdheden die hun lidstaten aan hen hebben overgedragen, is het logisch om hen op dezelfde wijze als staten verantwoordelijk te kunnen houden voor hun gedrag.⁴² Op grond van art. 7 van de ARIO zijn handelingen van haar organen of agent-schappen toerekenbaar aan de organisatie, onafhankelijk van de positie die zij innemen binnen de organisatie. Dat geldt ook voor organen of agent-schappen (van een staat of andere internationale organisatie) die onder effectieve controle staan van een internationale organisatie. Dit is met name van belang voor de EU-agentschappen Frontex en EASO, omdat zij in hun uitvoeringspraktijk de mensenrechten kunnen schenden door bijvoorbeeld hun betrokkenheid bij *push back* operaties.⁴³ Handelingen of omissies kunnen worden toegerekend aan een staat of internationale organisatie als er sprake is van een institutionele relatie, ook als het orgaan zijn bevoegdheden heeft overschreden, of van een feitelijke link vanwege effectieve controle over het orgaan dat zich schuldig maakt aan de handeling of ommissie.

Een van de kritiekpunten op de ARIO is dat er geen verschil wordt gemaakt in het type internationale organisatie. Daarbij wordt vaak gewezen op de problemen die kunnen ontstaan als handelingen en wetgeving van de EU worden geïmplementeerd door de lidstaten.⁴⁴ Is deze implementatie dan toe te schrijven aan de EU zelf of aan de lidstaat in kwestie? Om een dergelijke algemene toerekening te voorkomen, biedt art. 64 van de ARIO de mogelijkheid voor speciale regels die de internationale

41. Resolutie 66/100 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (8 december 2011), *Responsibility of international organisations*, UN Doc A/Res/66/100.

42. Möldner 2012, p. 323.

43. Zie bijv. de aanbeveling van de Europese Ombudsman aan Frontex om te voorzien in een klachtmechanisme vanwege de mensenrechtelijke implicaties van Frontex operaties: European Ombudsman 5 juli 2018, Recommendation in Case OI/5/2012/BEH-MHZ en 12 november 2013, Decision in Case OI/5/2012/BEH-MHZ.

44. Tamlon 2005, p. 405 e.v.

organisaties opstelt over de relatie tussen de organisatie en zijn lidstaten. Deze *lex specialis* biedt ruimte voor een grote differentiatie ten aanzien van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van internationale organisaties. Een ander vraagstuk betreft de gemengde overeenkomsten tussen de EU en de lidstaten met derde landen. In haar commentaar op art. 48 van de ARIO stelt de ILC hierover dat een gezamenlijke verantwoordelijkheid moet worden aangenomen van de EU en de lidstaten als het verdrag niet voorziet in een specifieke verantwoordelijkheidsverdeling. Dit uitgangspunt is relevant voor ons thema, nu veel internationale overeenkomsten die worden gesloten in het kader van migratiesamenwerking een gemengd karakter hebben.⁴⁵

2.7 Jurisdictie

De ILC-artikelen zijn met name geschreven om vragen over internationale verantwoordelijkheid en (afgeleide) aansprakelijkheid te beantwoorden in situaties waar de relatie tussen een staat en (een slachtoffer van) een onrechtmatige daad niet volstrekt helder is. De concepten van jurisdictie en rechtsmacht daarentegen, zijn bedoeld om competentieconflicten tussen staten te voorkomen.⁴⁶ Beide concepten vullen elkaar aan bij de vaststelling van verantwoordelijkheid als staten samenwerken op het gebied van migratie. Jurisdictie van een staat kan worden omschreven als het uitoefenen van publiek gezag over een grondgebied, situatie, vlieg- vaar- of voertuig of persoon. De meest voorkomende vorm van jurisdictie van een staat is die over zijn grondgebied. Deze territoriale jurisdictie kan bij wijze van uitzondering ook over het grondgebied van een ander land worden uitgeoefend als het land daar effectieve controle uitoefent, bijvoorbeeld in het geval van een (militaire) bezetting.⁴⁷ Volgens het Internationaal Gerechtshof kan hiermee worden voorkomen dat staten zich aan hun verdragsverplichtingen kunnen onttrekken als ze jurisdictie buiten hun grondgebied uitoefenen.⁴⁸ De personele jurisdictie die een land uitoefent over zijn eigen staatsburgers is voor het vluchtelingenvraagstuk niet relevant, omdat het vluchtelingenrecht staatsburgers juist beschermt als zij aan die jurisdictie van hun staat trachten te ontkomen. Een andere staat kan alleen jurisdictie uitoefenen over personen die zich buiten het grondgebied van die staat bevinden, als die staat effectieve controle over hen uitoefent, bijvoorbeeld door hen daar staande te houden, te arresteren of

45. Zie ook Garcia Andrade 2019 (forthcoming), par. 3.

46. Den Heijer 2011, p. 10-11.

47. Zie VN Mensenrechtencomité, General Comment nr. 31, *The Nature of the General legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant* (2004), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 10.

48. IGH 9 juli 2004 (Advisory Opinion), *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 109.

detineren of door publiek gezag over hen uitoefenen. In het laatste geval gaat het om activiteiten die normaal toebehoren aan de staat op het grondgebied waar de persoon zich bevindt en waarbij het gezag is gevestigd door middel van gewoonte of door een verdrag of andere, al dan niet formele, overeenkomst. Dit geldt bijvoorbeeld bij de extraterritoriale afhandeling van asiolverzoeken. Ook advies of ondersteuning van autoriteiten van een ander land door *liaison officers* bij grensbewaking of visumverstrekking kan kwalificeren als effectieve controle, als die activiteiten bepalend zijn voor de beslissingen van die autoriteiten.⁴⁹ Als jurisdictie ontstaat doordat een land gerechtigd is om buiten zijn territorium te handelen, kan dit land ook verantwoordelijk worden gehouden voor een mensenrechtenschending gepleegd in dat andere land. Omdat het in dergelijke situaties voorstelbaar is dat allebei de landen een aandeel in de schending hebben (gehad), is hier het vraagstuk van de gedeelde verantwoordelijkheid van groot belang. Die kan alleen bestaan als de jurisdictie niet exclusief is uitgeoefend. Het klassieke uitgangspunt dat jurisdictie altijd een kwestie is van ‘*all or nothing*’ wringt met de toenemende erkenning van de laatstgenoemde vorm van jurisdictie.⁵⁰

Internationale en regionale rechtspraak is opmerkelijk coherent ten aanzien van het begrip jurisdictie, met name met betrekking tot het criterium van effectieve controle.⁵¹ Volgens Guild worden de concepten van soevereiniteit en jurisdictie uitgedaagd door het migratiebeleid, omdat de toepassing en effecten ervan zich juist ook buiten het grondgebied voordoen. Toestemming om een land binnen te reizen wordt immers vaak niet bepaald aan de grenzen van een land, maar op zijn ambassades (door het visumbeleid) of op de vliegvelden en havens in andere landen (vanwege vervoerdersaansprakelijkheid) of door autoriteiten in andere landen (op basis van regionale of internationale afspraken over grenscontrole).⁵²

In uitzonderlijke situaties kan een staat toch verantwoordelijkheid dragen zonder jurisdictie uit te oefenen, zoals bijvoorbeeld wanneer deze bijdraagt aan een *wrongful act* die een andere staat hoofdzakelijk uitvoert. Dat deze activiteiten worden gepleegd door actoren die formeel niet onder zijn gezag vallen, hoeft daarvoor geen belemmering te zijn. Zo oordeelde het Internationaal Gerechtshof in de *Nicaragua*-zaak dat de Verenigde Staten verantwoordelijk konden worden gesteld voor de acties van een Nicaraguaanse paramilitaire groep in Nicaragua als zou worden bewezen dat de

49. Gammeltoft-Hansen & Hathaway 2015, p. 266-272.

50. Gammeltoft-Hansen & Hathaway 2015, p. 272-276.

51. Zie bijv. Hathaway et al. 2011.

52. Guild 2001, p. 1-2, 67-68.

VS effectieve controle uitoefenden over deze paramilitaire acties.⁵³ Volgens het Internationaal Gerechtshof reflecteert het criterium 'effectieve controle' de norm van art. 8 en van het internationale gewoonterecht.⁵⁴ Het begrip effectieve controle vormt ook in het Europees recht het belangrijkste onderscheidende criterium voor aansprakelijkheid buiten het grondgebied (zie hoofdstuk 4).

De erkenning van extraterritoriale rechtsmacht blijft niet beperkt tot militaire operaties. In een baanbrekende *Advisory Opinion* oordeelde het Inter-Amerikaanse Hof voor de Mensenrechten onlangs dat ook bij grensoverschrijdende milieuschade als gevolg van een handeling of nalaten op het grondgebied van een staat, deze staat verantwoordelijk is te houden voor de extraterritoriale schade.⁵⁵ Volgens het Hof verplicht de Inter-Amerikaanse Conventie voor de Mensenrechten staten ertoe om dergelijke schade te voorkomen: '*When transboundary harm occurs that affects convention rights, it is understood that the persons whose rights have been violated are under the jurisdiction of the State of origin if there is a causal relationship between the fact that the harm originated in their territory and the violation of the human rights of persons outside their territory.*'⁵⁶ Het Hof gaat dus ook uit van rechtsmacht over personen die zich buiten het grondgebied bevinden als zij schade ondervinden als gevolg van een handeling of nalaten van deze staat. Deze redenering doortrekkend, zou er ook jurisdictie ontstaan ten aanzien van vluchtelingen die geen toegang krijgen tot bescherming als gevolg van samenwerking met een buurland. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als dat land geen geschikt asielsysteem heeft, maar wel betaald wordt om vluchtelingen daar te houden.

2.8 Effectieve verantwoordelijkheid: oplossingsrichtingen

Uit het internationaal publiekrecht volgt dat staten ook buiten situaties van territoriale en personele jurisdictie verantwoordelijkheid kunnen dragen voor de bescherming van vluchtelingen. In dit hoofdstuk hebben we verschillende typen en gradaties van verantwoordelijkheid onderzocht: die van verdragsstaten voor vluchtelingen die zich op hun grondgebied bevinden, voor vluchtelingen die zich onder hun jurisdictie maar buiten hun grondgebied bevinden (al dan niet gezamenlijk met het land waar de

53. IGH 26 november 1984, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, par. 115 (*Nicaragua/United States of America*).

54. IGH 26 februari 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, par. 406 (*Bosnia & Herzegovina/Serbia*).

55. IACHR (Advisory Opinion) 15 november 2017, OC- 23/17.

56. IACHR (Advisory Opinion) 15 november 2017, OC- 23/17, par. 101.

vluchteling zich bevindt) en voor vluchtelingen in andere landen (die overbelast zijn of geen partij bij het Vluchtelingenverdrag). Daarnaast vloeit uit het internationaal gewoonterecht voort dat ook niet-verdragsstaten een zekere verantwoordelijkheid dragen voor het waarborgen van het *non-refoulement* beginsel ten aanzien van vluchtelingen die zich al dan niet op hun grondgebied bevinden. Om deze verantwoordelijkheden nader te definiëren zou het helpen om een toezichthoudend orgaan bij het Vluchtelingenverdrag in te stellen, dat tevens bevoegd zou zijn om individuele klachten van vluchtelingen te behandelen. Dat zou de ontwikkeling van een gezaghebbende interpretatie van het Vluchtelingenverdrag bevorderen.

Het internationaal recht voorziet daarnaast in criteria voor aansprakelijkheid voor een schending van *non-refoulement* buiten het grondgebied, met name als deze volgt uit samenwerkingsafspraken tussen twee of meer staten. Aansprakelijkheid kan ontstaan vanwege het uitoefenen van jurisdictie, maar ook als er sprake is van een duidelijke causale relatie tussen een handeling of nalaten van een staat en een onrechtmatige daad die buiten zijn grondgebied plaatsvindt. Zo vormt het willens en wetens voortzetten van de samenwerking met de Libische Kustwacht die leidt tot martelingen in de detentiecentra van Libië, een *wrongful act* van een staat, hoewel die elders plaatsvindt. Deze kwalificatie sluit aan bij het verbod van *refoulement*, dat inhoudt dat een uitzettende staat verantwoordelijk is voor het risico op vervolging en daarom de gevolgen vooraf dient te onderzoeken. Ook kan in onze ogen in sommige gevallen een nalaten, zoals het niet ingrijpen bij het schenden van het verbod op *refoulement*, tot aansprakelijkheid van de niet-ingrijpende staat leiden.

De ILC *Articles on State Responsibility* en de *Principles of Shared Responsibility* vormen nuttige, richtinggevende handvatten voor het vaststellen van aansprakelijkheid bij schendingen van het Vluchtelingenverdrag. Zoals we ook hebben betoogd ten aanzien van de interpretatie van het Vluchtelingenverdrag, pleiten we bij de toepassing van de verantwoordelijkheidscriteria op het vluchtelingenrecht voor het toekennen van een centrale rol aan het effectiviteitsbeginsel. De visie dat het Vluchtelingenverdrag een beperkte reikwijdte heeft (een staat is pas verantwoordelijk als iemand zijn grondgebied bereikt), staat op gespannen voet met de solidariteitsgedachte achter het verdrag en de erkenning van *non-refoulement* als norm van het internationaal gewoonterecht. Een beperkte interpretatie door verdragsstaten leidt tot een leemte in de bescherming en deze leemte lokt een politiek van afweren en weghouden uit. Deze tendens is te keren als staten de verantwoordelijkheid gezamenlijk organiseren, ongeacht waar de vluchteling zich bevindt. Kan deze verdeling louter door financiële afspraken tot stand komen of is een fysieke verdeling van het aantal vluchtelingen noodzakelijk? Wij denken dat een combinatie van deze twee gelijktijdig nodig is. Een mogelijkheid is het tot stand brengen van een

solidariteitsmechanisme door middel van een mondiaal fonds waaraan staten naar rato bijdragen. Om fysieke overbelasting van opvanglanden te voorkomen, zullen andere landen daarnaast een bepaald percentage vluchtelingen moeten hervestigen.

3. Mondiale verantwoordelijkheidsverdeling

Hoewel er altijd een onevenwichtigheid is geweest als het gaat om de verdeling van de verantwoordelijkheid voor asielzoekers en vluchtelingen wereldwijd – de meeste vluchtelingen worden opgevangen in de regio's van de landen van herkomst – blijkt uit cijfers van UNHCR dat die verdeling steeds onevenwichtiger wordt. De welvarende bestemmingslanden voeren, op een enkele uitzondering na, een beleid dat is gericht op het verblijf in de herkomstregio's. Dit is een wereldwijd fenomeen. In dit hoofdstuk laten we eerst aan de hand van een aantal voorbeelden zien welke tendensen kunnen worden waargenomen als het gaat om de opvang van vluchtelingen en vervolgens bespreken we de (pogingen) om tot de wereldwijde afspraken: de Verklaring van New York van 2016 en de *Global Compacts* van 2018. Wat zien we terug van de ideeën over *shared responsibility* die we in het vorige hoofdstuk bespraken?

3.1 Opvang in de regio

In de huidige praktijk is de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen zeer onevenredig verdeeld. De omvang van gedwongen migratie is sinds het millennium fors toegenomen: van ongeveer 38 miljoen in 2005 naar 68,5 miljoen in 2017. Volgens de meest recente cijfers van UNHCR zijn veertig miljoen mensen in hun eigen land ontheemd en ruim 25,4 miljoen mensen over de grenzen onder bescherming van UNHCR. Daarnaast hebben ruim drie miljoen mensen buiten hun land een asielerzoek ingediend.⁵⁷ De helft van deze vluchtelingen is jonger dan achttien jaar.⁵⁸ Volgens UNHCR verblijft 85 procent van alle vluchtelingen in de regio's van de herkomstlanden. In Turkije (3,5 miljoen), Pakistan (1,4 miljoen), Oeganda (1,4 miljoen) en Libanon (bijna 1 miljoen: een op de vier personen in Libanon is een vluchteling) verblijven de meeste vluchtelingen. De onevenredige verdeling van vluchtelingen wereldwijd heeft niet alleen betrekking op de fysieke verdeling, maar zeker ook op hun materiële ondersteuning. Een groot deel van de vluchtelingen leeft in de regio onder de armoedegrens

57. UNHCR 2018-1. Zie verder voor statistieken [Unhcr.org/figures-at-a-glance](https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance).

58. Ingevolge art. 22 van het VN Verdrag inzake de bescherming van de Rechten van het Kind, New York 20 november 1989 (IVRK), zijn staten verplicht vluchtelingen kinderen de noodzakelijke bescherming te bieden.

met weinig perspectief op goede huisvesting, onderwijs of werk. Vluchtelingen die het zich kunnen permitteren, zoeken hun heil bij voorkeur in een staat waar ze een toekomst kunnen opbouwen. Hoewel slechts een klein percentage daadwerkelijk doorreist naar welvarende staten als de VS, Canada, Australië en West-Europese landen, treffen juist deze staten de meeste maatregelen om irreguliere migratie te ontmoedigen en de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen bij andere landen te leggen. Deze maatregelen zijn in het algemeen gericht tegen irreguliere migranten, maar raken vluchtelingen evenzeer. Ook hen wordt immers doorgaans geen legale migratiemogelijkheid geboden. We noemen twee voorbeelden van situaties waartoe opvang in de regio toe kan leiden.

Een van de grootste actuele vluchtelingencrises betreft die van de 688.000 Rohingya die uit Myanmar vluchtten als gevolg van wat wel etnische zuiveringen of apartheid wordt genoemd.⁵⁹ Door verwoestende overstromingen in India en Bangladesh, verslechterden de omstandigheden in de vluchtelingenkampen met als gevolg cholera-uitbraken, watertekorten en ondervoeding.

Ook binnen ons (welvarende) Koninkrijk zijn er situaties waarin ‘opvang in de regio’ niet aan minimale mensenrechtenstandaarden voldoet. Sinds 2014 zijn 2,3 miljoen Venezolanen uit hun land vertrokken. Op Curaçao verblijven tussen de 5.000 en 15.000 Venezolanen zonder verblijfsstatus. Volgens Amnesty worden de gevluchte Venezolanen direct na aankomst of arrestatie gedetineerd in menonwaardige omstandigheden en is asiel aanvragen praktisch onmogelijk.⁶⁰ Hoewel het Statuut van het Koninkrijk voorziet in een waarborgfunctie ten aanzien van het naleven van de mensenrechten (waaronder het EVRM), maakt de Nederlandse regering tot nu toe weinig aanstalten om de situatie ingrijpend te verbeteren.⁶¹

De meest schokkende cijfers betreffen echter de vluchtelingen in wat UNHCR *protracted situations* noemt, situaties waarin 25.000 of meer vluchtelingen van dezelfde nationaliteit vijf jaar of meer buiten hun landen van herkomst verblijven zonder dat er zicht is op een duurzame oplossing. Volgens UNHCR betreft dit 13,4 miljoen personen, dat wil zeggen meer dan de helft van het aantal vluchtelingen mondiaal. Voor drie miljoen van hen duurt deze situatie al 38 jaar of meer. De groep wordt gedomineerd door 2,3 miljoen Afghanen die zich sinds 1979 in Pakistan en Iran bevinden.⁶² De langstdurende vluchtelingensituatie is die van de Palestijnen. In 1949 werd speciaal voor de bescherming van de Palestijnse Arabieren die tijdens de oorlog tussen Israël en de Arabische legers

59. Amnesty International 2018-2 en UNHCR 2018-1, p. 24-25.

60. Amnesty International 2018.

61. Zie o.a. *Kamerstukken I* 2018/2019, 29653, C en D, en 35000 VI, nr. J.

62. Cijfers ontleend aan UNHCR 2018-1, p. 22.

ontheemd waren geraakt, de UNRWA (*United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East*) opgericht. Er is veel kritiek op UNRWA, met name door ook de nakomelingen als vluchteling te erkennen, zou deze organisatie in plaats van de kwestie van de Palestijnse vluchtelingen op te lossen, deze in stand hebben gehouden door de status van vluchteling erfelijk te maken. Daardoor is het aantal geregistreerde Palestijnse vluchtelingen toegenomen tot meer dan vier miljoen, bijna tien keer zoveel als in 1949.⁶³ Van de oorspronkelijke vluchtelingen van 1948 is inmiddels ruim negentig procent overleden.⁶⁴

Toch wordt opvang in de regio door de geïndustrialiseerde staten vaak gezien als de oplossing van het vluchtelingenvraagstuk. Als vluchtelingen in de regio's van de landen van herkomst blijven, hoeven ze geen levensgevaarlijke tochten te ondernemen waarvoor ze veel geld moeten betalen aan mensensmokkelaars. Bovendien kunnen ze dan eenvoudiger terugkeren naar het eigen land als dat weer veilig is en wordt inburgering in een buurstaat makkelijker geacht te zijn dan in een volslagen vreemd land (in de meeste gevallen vindt echter helemaal geen inburgering plaats in landen in de regio). De omstandigheden en begrensde capaciteit maken dat opvang in de regio niet voor alle vluchtelingen het meest geschikt is, met name niet voor kwetsbare vluchtelingen die meer veiligheid en zorg nodig hebben. UNHCR zet daarom juist hen op de wachtlijst voor hervestiging naar rijkere staten. De organisatie is daarvoor wel afhankelijk van de politieke bereidheid van landen om vluchtelingen uit te nodigen. Er is momenteel een kloof van 94 procent tussen het aantal beschikbare hervestigingsplaatsen en de benodigde hervestiging.⁶⁵ De VS hebben hun hervestigingsaantallen zelfs met de helft teruggebracht.⁶⁶ In contrast hiermee staat het migratiebeleid van Canada. In oktober 2016 maakte de Canadese immigratieminister McCallum bekend dat Canada in 2017 300.000 migranten zou opnemen. Deze maatregel, die een voortzetting vormt van bestaand beleid, houdt verband met de persoonlijke ambitie van premier Trudeau, maar sluit ook aan op de uitdrukkelijke wens van bedrijven die op zoek zijn naar arbeidskrachten.⁶⁷ Mede om die reden betreft het grootste deel reguliere migratie. Maar Canada nodigde ook

63. Over de exacte aantallen Palestijnse vluchtelingen bestaat juist ook vanwege dispuuten over de definitie veel discussie. Volgens de UNRWA waren er in 2008 ongeveer 4,8 miljoen Palestijnse vluchtelingen, zie Unrwa.org. Israël ging uit van ongeveer 600.000 vluchtelingen, van wie er nog ongeveer 30.000 in leven zijn. Zie ook *The Times of Israel* 25 mei 2012: 'Senate dramatically scales down definition of Palestinian 'refugees'.

64. De Amerikaanse regering, de grootste donor van UNRWA, heeft in 2018 de tegoeden voor deze organisatie bevroren. Het gaat om een bedrag van ongeveer \$ 125 miljoen. Zie *Nu.nl* 5 januari 2018, 'Verenigde Staten draaien geldkraan voor Palestijnen dicht'.

65. UNHCR 2018-1, p. 30.

66. UNHCR 2018-2; Unhcr.org/resettlement-data.

67. Verschuren 2016. Zie ook Unhcr.org/resettlement-data.

40.000 Syrische vluchtelingen uit terwijl de VS het hervestigingsbeleid voor deze vluchtelingen juist beëindigde.⁶⁸

3.2 *Grensbarrières*

Het bouwen van grensmuren beleeft hernieuwde populariteit. Het hoofddoel ervan is tegenwoordig het tegengaan van ongewenste migratie uit voornamelijk armere landen. De afgelopen dertig jaar is het aantal grensmuren wereldwijd gestegen van ongeveer vijftien naar bijna zeventig.⁶⁹ Wittenberg wijst erop dat het nog maar een kwart eeuw geleden is dat de mensheid fantaseerde over een wereld zonder grenzen en dat prikkeldraadversperringen symbool stonden voor de totalitaire staat die zijn burgers opsluit.⁷⁰ De val van de Berlijnse muur in 1989 werd als een overwinning van de vrijheid gevierd. In 1993 werden de binnengrenzen van de EU geslecht. Ook tussen Canada, de VS en Mexico werd het vrij verkeer van personen vereenvoudigd met de Nafta vrijhandelsovereenkomst van 1994. De ommekeer begon in de jaren negentig van de vorige eeuw en was overal zichtbaar na 11 september 2001. Na de aanslag op de *Twin Towers* werd de grensmuur steeds meer ingezet als een krachtig symbool in de strijd tegen terrorisme en ongewenste migratie.⁷¹ In 2019 riep president Trump zelfs de noodtoestand uit om de door hem gewenste muur tussen de VS en Mexico te kunnen bekostigen, nadat het conflict met de democraten hierover eerst tot de langste *shut down* in de Amerikaanse geschiedenis had geleid.

De rechtvaardiging voor de grensbarrières is dat ze nodig zijn voor de nationale veiligheid in ruime zin: terrorismebestrijding, bescherming van de arbeidsmarkt en sociale zekerheidsstelsel en de sociaal culturele verhoudingen in een land.⁷² De effectiviteit van grensmuren om vluchtelingen en andere migranten tegen te houden, moet echter ernstig worden betwijfeld. Jones wijst er bijvoorbeeld op dat het afsluiten van grenzen er met name toe leidt dat migranten andere – gevaarlijker – wegen zoeken en vinden om de grens te overschrijden, met als gevolg een grote toename van het aantal grensdoden.⁷³ Daarnaast maken veel irreguliere migranten vooral gebruik van legale manieren om de grens te overschrijden, bijvoorbeeld door met een

68. Spijkerboer 2017.

69. Vallet 2014.

70. Wittenberg 2015, p. 185.

71. Zie ook Wittenberg 2015, p. 188 en Jones 2016.

72. Scheffer 2016, p. 60 verwijst naar Sanders die zegt dat asielzoekers niet in de eerste plaats menselijk kapitaal vertegenwoordigen maar allereerst veel menselijke ellende. Scheffer wijst op p. 61 ook op de kosten van inburgering en schrijft dat het wel duidelijk is 'dat een grenzeloos welkom bij asielzoekers niet zal leiden tot een grenzeloze bereidheid tot aanpassing. Uit de migratiegeschiedenis van de afgelopen decennia kunnen we leren dat het veel moeite kost om zulke mentale afstanden te overbruggen'.

73. Jones 2016.

geldig visum binnen te reizen en na afloop van de visumtermijn zonder toestemming te blijven. Het teruggrijpen op muren om ongewenste buitenstaanders tegen te houden, in een tijd waarin over toelating meestal niet aan de fysieke grens wordt beslist, doet vermoeden dat andere motieven leidend zijn. Politieke daadkracht tonen, de bevolking geruststellen, of migranten afschrikken. Daarbij moet worden bedacht dat de grensbarrières slechts voor een deel van de wereldbevolking gelden. Wie in het rijkere geïndustrialiseerde deel van de wereld woont, kan over het algemeen visavrij reizen en heeft geen last van muren en prikkeldraad. Dat maakt de spanning zichtbaar tussen de waardering van de eigen bewegingsvrijheid, die van toeristen en handelspartners en van transnationale contacten, en de wens om diezelfde vrijheid te beperken als het gaat om mensen uit Afrika en Zuid-Azië.⁷⁴ Wie niet aan een visumvereiste hoeft te voldoen of wie eenvoudig een visum kan verkrijgen, mag ongehinderd een ander land binnen reizen.⁷⁵ Vluchtelingen mogen doorgaans niet visumvrij reizen, maar ze krijgen ook geen visum om hun heil elders te zoeken.⁷⁶ Zij worden daarom hard getroffen door grensbarrières.

Welke verplichtingen heeft een staat tegenover een vluchteling die tegen zijn grensbarrière aanloopt? Ze bevinden zich dan nog op het grondgebied van een ander land. Zoals in hoofdstuk 2 al betoogd, kan die staat medeverantwoordelijk worden gehouden als die grensbarrière de vluchteling onbeschermd laat vanwege de omstandigheden in dat buurland.

Het is in elk geval duidelijk dat staten die de fictie hanteren dat vluchtelingen aan de grens zich nog niet binnen hun grondgebied bevinden, terwijl ze in feite die grens al hebben gepasseerd, bijvoorbeeld door een transitzone in te stellen, volledige verantwoordelijkheid dragen. Het internationale recht belet staten om door middel van grensbarrières hun verantwoordelijkheid te ontlopen.⁷⁷

3.3 Externalisering

Grensbarrières hoeven niet fysiek te zijn. Ze worden ook opgeworpen door beleidsregels, zoals restrictieve voorwaarden voor een visum maar ook door vervoerders aansprakelijk te stellen voor het binnen brengen van passagiers die daarvoor geen toestemming hebben. Dit laatste heeft lucht-

74. Vgl. Spijkerboer 2019 (verwacht).

75. Den Heijer 2019 (verwacht), laat zien hoe de visumplicht een sterke correlatie heeft met ras (met als uitzonderingen de visavrijstelling voor burgers van de Verenigde Arabische Emiraten en Taiwan, en een vrijwel volledige correlatie met klasse en vraagt zich af of er een objectieve rechtvaardiging voor dit onderscheid tussen mensen uit visum vrije en visumplichtige landen bestaat. Zie ook Van Houtum 2010, p. 957-976, die het EU-visaregime kwalificeerde als 'Global apartheid politics'. Ook Guild heeft al in 2001 op het discriminatoire karakter van het Europese visaregime gewezen: Guild 2001, p. 38.

76. Australië kent weliswaar de mogelijkheid om een humanitair visum aan te vragen, maar dit visum wordt slechts in enkele uitzonderlijke gevallen verstrekt.

77. Zie onder andere de EHRM jurisprudentie zoals beschreven in paragraaf 4.1 en 4.2.

vaartmaatschappijen uiterst kritisch gemaakt bij hun controles aan de vliegtuigtrap, omdat voor hen hoge boetes op het spel staan.⁷⁸ Ook mensen zonder geldige papieren die claimen vluchteling te zijn, mogen niet aan boord.⁷⁹ Nu deze regels beogen of tot effect hebben dat de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen bij een ander land wordt gelegd, vormen ze onderdeel van de tendens tot externaliseren van het asielbeleid.

In deze paragraaf bespreken we twee andere vormen van externaliseren van het asielbeleid. Ten eerste worden in toenemende mate transitlanden als veilig aangemerkt zodat vluchtelingen – en steeds vaker ook asielzoekers van wie nog niet is beoordeeld of ze vluchteling zijn – daarheen kunnen worden teruggestuurd. In tegenstelling tot de eerder genoemde vormen van externalisering gaat het hier om mensen die het grondgebied van een staat al hebben bereikt. Om deze overdracht van verantwoordelijkheid te faciliteren, worden terug- en overname overeenkomsten gesloten (zie verder hoofdstuk 4).

Ten tweede wordt door enkele landen intensief geëxperimenteerd met *external processing*: het (laten) beoordelen van asielverzoeken nadat zij zijn tegengehouden aan of nabij de grenzen van de landen van toevlucht. Een land maakt hierbij gebruik van het grondgebied van een ander land om de asielverzoeken niet op eigen territorium te hoeven behandelen. De staat die de vluchteling terugstuurt of overdraagt, is in elk geval medeverantwoordelijk voor diens lot, maar geldt dat ook voor staten die vluchtelingen doorgeleiden naar *processing centers* in het transitland nog vóórdat ze hun grondgebied hebben bereikt? In onze ogen wel, omdat het betreffende land daarmee effectieve controle uitoefent over deze personen. Bovendien oefent het betreffende land met de beoordeling van asielverzoeken publiek gezag uit in dat derde land.

Het komt ook voor dat de statusbepaling (het beoordelen of iemand vluchteling is) wordt verricht door UNHCR en dat pas daarna hervestiging plaatsvindt. Als UNHCR handelt op verzoek van de overdragende staat, blijft deze staat verantwoordelijk. Belangrijke vraag daarbij is aan welke standaarden de asielprocedure en opvang moet voldoen en welke rechten vluchtelingen toekomen nadat ze als zodanig zijn erkend. Gelden daarvoor de standaarden waaraan het transitland is gebonden, of de verplichtingen die het overdragende land is aangegaan? Naar analogie van Excom-conclusie 58 f ii kan worden betoogd dat ze daar in elk geval een verblijfsrecht moeten krijgen en worden behandeld in overeenstemming met de ‘*basic human standards*’ totdat een duurzame oplossing voor ze is gevonden. Dit zou ook als vorm van externalisering kunnen worden beschouwd, maar alleen als inderdaad hervestiging plaatsvindt en dat komt slechts zelden voor.⁸⁰

78. Zie de EU richtlijnen 2001/51 en 2004/82.

79. Scholten 2015.

80. Zie over de UNHCR-erkenningen Bruin 2016, p. 155-166.

Uit onderzoek van CEPS naar *external processing* door de VS, Australië en Spanje (alle partij bij het Vluchtelingenverdrag) blijkt dat deze niet volgens de standaarden verloopt waaraan deze landen zijn gebonden.⁸¹

De kustwacht van de Verenigde Staten heeft meer dan 65.000 Haïtiaanse vluchtelingen onderschept op zee en teruggestuurd zonder asielprocedure of na een kort gehoor aan boord. Met betrekking tot Cubaanse bootvluchtelingen wordt hetzelfde beleid gevoerd. Daarbij is geen rechtshulp aanwezig en kunnen vraagtekens worden gezet bij de deskundigheid van de autoriteiten die het gehoor afnemen. Een onderzoek naar het risico op *refoulement* is hiermee onvoldoende geborgd. Het Amerikaanse Supreme Court kwam echter niet tot een veroordeling omdat het beginsel van *refoulement* en andere verplichtingen slechts zouden gelden op het grondgebied van de VS en niet in de internationale wateren.⁸² Het Amerikaanse Supreme Court hield dus strikt vast aan het idee van territoriale jurisdictie.

Op 19 november 2018 oordeelde een federale rechter in San Francisco dat een decreet dat president Trump op 9 november had uitgevaardigd in elk geval tot 19 december 2018 niet gold omdat het in strijd was met de Immigratiewet.⁸³ Het decreet hield in dat een asielprocedure voortaan alleen nog kan worden gestart na binnenkomst via een officiële grenspost. Trump vaardigde het decreet uit als reactie op ‘de karavaan’, een grote groep migranten uit Centraal-Amerika die sinds weken onderweg is naar de VS om daar asiel aan te vragen. Duizenden migranten zijn gestrand in de stad Tijuana, bij de Mexicaans-Amerikaanse grens. Trump heeft 5.000 extra Amerikaanse militairen naar die grens toegestuurd om binnenkomst te verhinderen.

Het Australische asielbeleid kenmerkt zich door verschillende strategieën om verantwoordelijkheid voor vluchtelingen te ontlopen. Het kwam voor het eerst mondiaal in het nieuws toen in augustus 2001 het Noorse schip de Tampa migranten uit zee redde en ze overbracht naar het Australische Christmas Island als de dichtstbijzijnde veilige haven, dus in overeenstemming met internationaal zeerecht.⁸⁴ Het Australische leger weerhield de passagiers echter van het aanmeren op Christmas Island, in afwachting van een wet die ongeautoriseerde toegang tot Australisch grondgebied

81. Carrera et al. 2018.

82. U.S. Supreme Court Decision 21 June 1993, 32 I.L.M. 1215 (*Sale/Haitian Centers Council*).

83. United States District Court, Northern District of California, 19 November 2018, nr. 18-cv-06810-JST (*East bay Sanctuary Covenant et al./Donald J. Trump et al.*).

84. Resolutie MSC 167(78) van de International Maritime Organization (IMO) (20 mei 2004), *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea*, annex 34, 6.12-6.17. Verwijzing ontleend aan Frelick, Keyser & Podkul 2016, p. 2013, noot 44.

verbod.⁸⁵ Sindsdien heeft Australië veel boten gedwongen naar de eilandjes Nauru en Papoea-Nieuw-Guinea (PNG) te varen waar de vluchtelingen werden opgesloten in kampen. Nauru was op dat moment geen partij bij het Vluchtelingenverdrag en PNG had verschillende voorbehouden bij het verdrag gemaakt. Op de eilanden werd de statusdeterminatie verricht door Australische ambtenaren, maar statusverlening betekende niet dat de vluchtelingen naar Australië werden overgebracht. Het Supreme Court van Papoea-Nieuw-Guinea oordeelde dat de detentie van asielzoekers in *Refugee Protection Centers* op het eiland Manus in strijd was met het recht op vrijheid zoals gegarandeerd in de Constitutie van PNG.⁸⁶

Daarnaast creëerde Australië ‘*zones of exception*’ waar de internationale verplichtingen van Australië ten aanzien van asielzoekers niet zouden gelden.⁸⁷ Deze zones werden door Australië beschouwd als buiten het grondgebied. In feite creëerde regering hier de fictie dat op delen van het Australisch grondgebied de gewone regels van territorialiteit, jurisdictie en soevereiniteit met betrekking tot migranten niet gelden. Het Australische High Court heeft hieraan in 2010 echter een eind gemaakt.⁸⁸ Het High Court oordeelde dat Australië ook in de *zones of exception* is gebonden aan Australisch recht en zijn internationale verplichtingen en het beoordeelde de asielpprocedure op Christmas Island daarom unaniem als onwettig (*non-statutory*).

In 2011 oordeelde het High Court opnieuw over het Australische externaliseringsbeleid. Dit keer betrof het de afspraak met Maleisië dat Australië asielzoekers aan Maleisië zou overdragen. Ook dit achtte het High Court onrechtmatig vanwege de gemankeerde bescherming van vluchtelingen door Maleisië en het risico van *refoulement*.⁸⁹

De uitspraken maakten echter zeker geen eind aan de pogingen van Australië om onder internationale verplichtingen en verantwoordelijkheden ten aanzien van vluchtelingen uit te komen. In 2012 werd de samenwerking tussen Australië, Nauru en PNG hervat, zij het in een iets andere vorm en op basis van nieuwe diplomatieke overeenkomsten.⁹⁰ Deze zogenoemde *Pacific Solution Mark II* is gebaseerd op het *No*

85. Voor de informatie over Australië hebben wij dankbaar gebruikgemaakt van de doctoraalscriptie van Sam Mosallai 2016, van Frelick, Keyser & Podkul 2016 en van Carrera et al. 2018.

86. Supreme Court of Justice PNG 26 april 2016, SCA No. 84 of 2013 (*Namah/State of PNG*).

87. Zie hierover uitvoerig Foster en Pobjoy 2011, p. 159, 611-615.

88. High Court of Australia 11 november 2010, Plaintiff M61/2010 and Plaintiff M69/2010 v. Commonwealth of Australia & Ors 272 ALR 14. Uitvoerig over deze uitspraken Foster & Pobjoy 2011.

89. High Court of Australia 31 augustus 2011, Plaintiff M70/2011 and Plaintiff M106/2011 v. Minister for Immigration and Citizenship 244 CLR 144. Verwijzing ontleend aan Frelick, Keyser & Podkul 2016.

90. Frenzen 2017, p. 508-510.

Advantage Principle. Dat houdt in dat vluchtelingen die per boot naar Australië komen niet bevoordeeld mogen worden boven vluchtelingen die de beslissing op hun asielverzoek afwachten in transitstaten of staten van eerste opvang. Het bevat twee hoofdcomponenten: ‘*Operation Sovereign Borders*’: de *push backs* van bootjes naar Indonesische territoriale wateren of naar regionale processingcentra op Nauru en Papua New Guinea. De tweede component is ‘*Regional third State processing*’. Dat houdt in dat bootvluchtelingen worden gestuurd naar aangewezen (ei)landen (terwijl die landen geen partij hoeven te zijn bij het Vluchtelingenverdrag) waar hun asielverzoeken worden beoordeeld door Australische ambtenaren en vanwaar zij kunnen worden hervestigd. Australië oefent jurisdictie uit over deze asielzoekers en vluchtelingen en draagt dus behalve feitelijke ook juridische verantwoordelijkheid, maar laat de vluchtelingen, ook als zij erkend zijn, niet toe tot het vaste land, met als consequentie dat deze vluchtelingen zich in een uitzichtloze situatie van rechteloosheid bevinden.⁹¹ In 2014 sloot Australië een *resettlement deal* met Cambodja waarbij werd afgesproken dat Cambodja ruim duizend vluchtelingen die zich als gevolg van Australisch handelen op Nauru bevinden, zou opnemen in ruil voor ontwikkelingshulp.⁹²

De samenwerking tussen Australië, Nauru en PNG is nooit onderworpen geweest aan een onderzoek door een internationale rechter. Wel heeft UNHCR zijn toezichthoudende rol uitgeoefend op grond van art. 25 Vluchtelingenverdrag, wat mede mogelijk was omdat inmiddels ook Nauru was toegetreden tot het Vluchtelingenverdrag. UNHCR concludeerde dat de drie staten een gedeelde en gezamenlijke verantwoordelijkheid hadden voor naleving van het Vluchtelingenverdrag.⁹³ De aansprakelijkheid van Australië voor de schendingen die UNHCR constateerde, baseerde de organisatie op de inhoud en het taalgebruik van de overeenkomsten, de aanwezigheid en activiteiten van Australische beampten (de facto controle) en het feit dat Australië de *processing centers* financierde.

Tot slot kan de Marine 1 zaak worden genoemd, waarin Het VN-Comité tegen Foltering (AFC), hoewel het de betreffende asielzoekers niet-ontvankelijk acht,⁹⁴ enige richting geeft voor de wijze waarop de verantwoordelijkheid van staten kan worden vastgesteld voor het waarborgen van mensenrechten van migranten die gered worden op zee.⁹⁵ Het betrof in

91. Amnesty International 2016.

92. Gammeltoft-Hansen & Tan 2017, p. 36.

93. Frenzen, p. 520-524.

94. Het probleem was dat de slachtoffers de klager, een Spaanse burger en lid van de NGO Colectivo por la Justicia y los Derechos Humanos, niet expliciet hadden geautoriseerd om namens hen op te treden, terwijl dat wel mogelijk was geweest.

95. UN CAT 21 november 2008, Cat/C/41/D/323/2007 (*J.H.A./Spain*) (*Marine I case*). Zie ook de uitvoerige bespreking van deze zaak door Wouters & Den Heijer 2010.

dit geval migranten, gered door de Spaanse kustwacht in de *Search and Rescue Zone* van Senegal. Spanje, Senegal en Mauritanië bereikten overeenstemming dat de migranten in Mauritanië mochten worden ontscheept en dat Spanje als tegenprestatie € 650.000 aan Mauritanië zou betalen en zou zorgen voor de repatriatie van de migranten. 23 migranten bij wie dit niet lukte, werden voor maanden gedetineerd op Mauritanië. Zij dienden een klacht in bij het AFC tegen Spanje over de behandeling tijdens detentie in Mauritanië. Het AFC bevestigde het uitgangspunt zoals eerder neergelegd in *General Comment* No. 2 dat, indien een staat direct of indirect (de facto effectieve) controle over personen uitoefent op zee, deze staat de jurisdictie heeft en dus de veiligheid en menselijke behandeling van deze personen moet waarborgen, ook na de ontscheeping.⁹⁶ Bovendien concludeerde het AFC dat Spanje ook daarna continu de facto controle had uitgeoefend over de migranten in detentie, op basis van een overeenkomst met Mauritanië. Dat Mauritanië toestemming had gegeven, deed niets af aan de verantwoordelijkheid van Spanje. Het AFC kon alleen de verantwoordelijkheid van Spanje beoordelen omdat Mauritanië niet het individueel klachtrecht had erkend. De Spaanse verantwoordelijkheid was echter niet afhankelijk van het handelen van Mauritanië. Maar alles wijst erop dat het AFC bij een klacht tegen beide landen had geconcludeerd tot een gezamenlijke verantwoordelijkheid, gelet op de instemming van Mauritanië en de plicht van een land om te voorkomen dat buitenlandse ambtenaren een onrechtmatige daad op zijn grondgebied plegen.⁹⁷

Alle vormen van externalisering leiden ertoe dat er slecht zicht is op de gevolgen ervan voor de vluchtelingen. De procedures in de transitlanden zijn niet transparant: het is soms niet duidelijk onder wiens verantwoordelijkheid asielverzoeken worden behandeld en volgens welke rechtsregels en of *non-refoulement* is gegarandeerd.⁹⁸ Toezicht op naleving van mensenrechtenverdragen door middel van monitoring richt zich doorgaans op herkomstlanden, terwijl UNHCR het mandaat heeft ten aanzien van de mensen die die situatie zijn ontvlucht. In de praktijk ontbreekt het aan een integraal toezicht op het handelen van meerdere staten gelijktijdig of achtereenvolgens. Het arrest M.S.S. tegen België en Griekenland is in dat opzicht bijzonder, omdat het EHRM in die zaak het handelen van twee staten onderzocht die gezamenlijk leidden tot een onrechtmatige daad (zie verder paragraaf 5.3).⁹⁹ Deze lacune wrekt zich het meest bij externalisering van het asielbeleid. Het gebrek aan transparantie en expliciete verantwoordelijkheidsverdeling maakt ook de rechtsbescherming en toegang tot

96. Frenzen 2017, p. 514-517.

97. Zie ook Mohammed Alzery v. Sweden, Communication no. 1416/2015, HRC, UN Doc. CCPR/C/88/D/1416/2005 (2006), para. 11.6. ICCPR, n. 14.

98. Zie ook Frelick, Keyser & Podkul 2016.

99. Den Heijer 2017, p. 497.

een onafhankelijke rechter ingewikkeld of soms zelfs onbereikbaar of non-existent. Sommige instrumenten zijn, zoals Carrera e.a. het noemen ‘*framed and implemented “outside the law” or have an extra-legal nature as part of an implicit or explicit strategy to evade or shift legal and fundamental rights responsibilities*’.¹⁰⁰

3.4 De Verklaring van New York

Bovenbeschreven tendens om asielverzoeken buiten eigen grenzen af te (laten) handelen, bedreigt de toch al beperkte onderlinge solidariteit. Vooral de plotselinge toename van het aantal vluchtelingen als gevolg van de oorlog in Syrië en de daaruit volgende opvangdruk op Libanon, Jordanië en Turkije, vormde aanleiding voor UNHCR om die solidariteit te versterken. Op 19 september 2016 hebben de lidstaten van de Verenigde Naties de *New York Declaration on Refugees and Migrants* ondertekend.¹⁰¹ Een van de belangrijkste onderdelen van deze Verklaring is het idee dat de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen moet worden gedeeld. In het bijzonder moeten staten die grote aantallen vluchtelingen opvangen, worden ondersteund door de internationale gemeenschap. In de Verklaring erkennen de lidstaten dat met name ontwikkelingslanden de grootste lasten dragen. De ondertekenende staten committeren zich in deze Verklaring aan een meer gelijke verdeling van verantwoordelijkheden en bijbehorende lasten: ‘*We commit to share the responsibility for hosting and supporting the world’s refugees more equitably*’.

De verklaring bevat daarnaast nog een hele serie concrete beloften van de ondertekenende staten over de bescherming van vluchtelingen, steun aan landen die grote aantallen vluchtelingen en andere migranten opvangen en hervestiging. In een bijlage bij de Verklaring van New York is een *Comprehensive Refugee Response Framework* opgenomen. Met dit *Comprehensive Framework* is aan UNHCR de opdracht gegeven om een *Global Compact on Refugees* te ontwikkelen dat onder meer concrete stappen moet bevatten om tot een meer gelijke verdeling van de lasten en verantwoordelijkheden te komen.

3.5 Global compacts

In september 2016 is tijdens een *High-Level Meeting on Large Movements of Refugees and Migrants* (HLM) te New York afgesproken om twee Mondiale Compacts te sluiten: één met betrekking tot vluchtelingen (*Global compact on Refugees, GCR*) en één met betrekking tot veilige

100. Carrera et al. 2018, p. 47, noot 253 verwijzend naar Gammeltoft-Hansen 2017.

101. Resolutie 70/1 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (19 september 2016), *New York Declaration for Refugees and Migrants, Un Doc A/RES/71/1*.

en ordelijke reguliere migratie (*Global Compact on Safe, Orderly and Regular Migration, GCM*).¹⁰² De formele consultaties voor deze mondiale *Compacts* zijn op 4 juli 2018 onder leiding van UNHCR afgerond en als onderdeel van de jaarlijkse omnibusresolutie dit najaar in de Algemene Vergadering van de VN in New York aangenomen. Beide *Compacts* zijn niet bindend, maar geven wel uitdrukking aan gemeenschappelijke uitgangspunten en intentieverklaringen van de ondertekenende staten bij de aanpak van de uitdagingen waar zij zich door de grote aantallen vluchtelingen zien gesteld en, voor ons thema van belang, ze benadrukken de noodzaak van samenwerking. De GCM werd door 164 staten gesteund tijdens een ministeriële conferentie in Marrakesh, nadat twaalf geïndustrialiseerde staten (waaronder zeven EU-lidstaten) zich hadden teruggetrokken, het pact in België de val van het kabinet-Michel inleidde, en de Nederlandse regering een ‘standpuntverklaring’ had bedongen waarin staat dat de afspraken niet juridisch bindend zijn. De GCM bevat in paragraaf 3.4 slechts enkele passages over vluchtelingen, maar die gaan over mensen die vanwege klimaatverandering op drift raken.¹⁰³ Op 19 december 2018 is hij in de vorm van een resolutie van de Algemene Vergadering van de VN aangenomen.

Eerder op 17 december 2018 werd ook de GCR aangenomen door de VN.¹⁰⁴ Het doel van de GCR is vierledig: het verbeteren van het verdelen van de lasten en de verantwoordelijkheid voor de bescherming van vluchtelingen wereldwijd; het versterken van nationale beschermingsregimes en mondiale capaciteit om de rechten van vluchtelingen te waarborgen; verbetering van de sociaal economische positie van vluchtelingen en opvanglanden, met name voor vrouwen en meisjes; een grotere inspanning om een oplossing te bieden voor mensen in langdurige vluchtsituaties en het bereiken van duurzame oplossingen. Om deze doelen te bereiken, voorziet het Vluchtelingenpact in een *Comprehensive Response Framework* (CRF) in deel II van het Pact en een *Programme of Action* in deel 3.¹⁰⁵

Er zijn nieuwe structuren ontwikkeld voor internationale samenwerking, *global refugee summits* (de eerste zal worden gehouden in 2019, de tweede in 2021 en daarna elke drie jaar). Hopelijk zullen zij meer effect sorteren dan de *summits* die tot nu toe onder auspiciën van UNHCR hebben

102. Guild & Basaran 2018.

103. Objective 5 GCM.

104. Resolutie 73/151 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (17 december 2018), *Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Un Doc A/RES/73/151*; GA12107: 181 stemmen voor, twee tegen (VS en Hongarije) en drie onthoudingen (Dominicaanse Republiek, Eritrea en Libië). Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 30573, 166.

105. Zie ook Aleinikoff & Martin 2018; Explanatory Note 2017.

plaatsgehad, zoals de Syrië *summit*.¹⁰⁶ Het idee is dat de deelnemende staten tijdens die bijeenkomsten toezeggingen doen over financiële, materiele en technische hulp die zij zullen bieden, hervestigingsmogelijkheden en andere wegen voor toelating en, als daar aanleiding voor is, voor ondersteuning van herkomstlanden de werken aan vrijwillige repatriëringsprogramma's. Voorts zal een *Global Support Platform* worden gevestigd, gericht op het bieden van hulp (ondersteund door UNHCR) in specifieke vluchtelingensituaties, waarbij deelname afhankelijk zal zijn van de context. Verder breidt het *Refugee Compact* de reikwijdte van het begrip internationale bescherming enigszins uit zodat het ook personen omvat die geen vluchteling in strikte zin zijn maar wel om andere redenen internationale bescherming behoeven. Het hele *Compact* gaat echter uit van de breed gedeelde opvatting dat lidstaten geen verplichtingen hebben ten aanzien van vluchtelingen die zich (nog) niet op hun grondgebied bevinden. Zowel de financiering van opvang in de regio als hervestiging worden weliswaar gestimuleerd, maar het blijft allemaal op vrijwillige basis.

Gezien het afsluiten van de grenzen, de opkomst van nationalistische politiek en het beklemtonen van de eigen soevereiniteit is het bijzonder dat het is gelukt deze niet-bindende pacten te sluiten. Daar staat tegenover de halfhartige inzet van met name de rijkere VN-lidstaten die, hoewel zij hebben meegewerkt aan de totstandkoming, erop gericht lijkt te zijn om te voorkomen dat de *Global Compacts* enig daadwerkelijk juridisch effect hebben. Opnieuw blijkt dus dat staten veel belang aan hun soevereiniteit hechten op het gebied van asiel en migratiebeleid. De ware betekenis van de *Compacts* zal in de praktijk moeten blijken, maar de noodzaak van het delen van de verantwoordelijkheid is tenminste erkend en het besef dat gezamenlijk optreden is vereist, is doorgedrongen.

3.6 Naar mondiaal juridisch bindende afspraken over verantwoordelijkheidsverdeling?

Bovenstaande schets illustreert de tendens in de geïndustrialiseerde landen om de eigen grenzen af te sluiten voor vluchtelingen middels grenscontroles, *pushbacks* en afspraken met derde landen over terug- of overname (zie par. 4.3.1) en eventueel *external processing*. De *case-study's* laten zien dat het internationale recht rechters en andere toezichthouders handvatten biedt om landen verantwoordelijk te houden te stellen. De beslissingen zijn echter niet altijd bindend en procedurele vereisten beletten hen vaak om alle betrokken landen gezamenlijk aansprakelijk te stellen. De mensenrechtelijke risico's van externalisering vergen dat

106. UNHCR Summary Overview Document Leaders' Summit on Refugees 20 september 2016, Unhcr.org.

internationale afspraken over migratie, zoals grensbewaking en terug- en overname, alleen worden gemaakt met landen die het Vluchtelingenverdrag en de relevante normen van andere mensenrechtenverdragen naleven.

Externalisering van het asielbeleid zonder vluchtelingen alternatieve, legale wegen te bieden, heeft alleen maar een averechts effect. Voormalig VN-rapporteur voor de mensenrechten van migranten Crépeau concludeerde dat ze alleen maar leiden tot meer irreguliere migratie: *'Rather than addressing the reasons behind migration, States often respond to increased migration movements by creating progressively increasing barriers to mobility, with a focus on securitization, repression and deterrent policies (...) Repressive policies and the lack of responses to push and pull factors of migration only serve to create the perfect conditions for underground labour markets and smuggling rings to flourish'*.¹⁰⁷

Tegelijkertijd zijn er met de *Global Compacts* stappen gezet naar een gezamenlijke oplossing voor het vluchtelingenvraagstuk. Met ondertekening van het *UN Refugee Compact* leggen de deelnemende landen de intentie vast om toe te werken naar een evenredige verantwoordelijkheidsverdeling. Bovendien is hiermee een structuur opgezet die waarborgt dat staten periodiek met elkaar overleggen over die verantwoordelijkheids- en lastenverdeling. Daarnaast is erkend dat de verantwoordelijkheid voor langdurige vluchtelingensituaties niet alleen door UNHCR en mensenrechtenorganisaties kan worden gedragen en dat de zorg voor vluchtelingen een taak is van de mondiale gemeenschap van staten.¹⁰⁸ Om deze afspraken daadwerkelijk te effectueren, is het van belang dat de VN voorzien in een toezichtsmechanisme waarbij de uitvoering door staten op transparante wijze wordt gemonitord. Het risico op *naming en shaming* zou kunnen prikkelen tot nakoming.

De wens om soevereiniteit te behouden, weerhoudt staten er echter van om de afspraken juridisch afdwingbaar te maken. Of de *Compacts* daarom echt het beoogde effect krijgt, valt te betwijfelen.

4. Europese externalisering en verantwoordelijkheidsverdeling

De lidstaten van de Raad van Europa, met name de landen die ook deel uitmaken van de EU, hebben de afgelopen decennia onder invloed van het EVRM en de EU-wetgeving hun asielbeleid steeds meer gezamenlijk vormgegeven. Tegelijkertijd hebben ze zich toegelegd op het versterken van hun grensbewaking om te voorkomen dat asielzoekers een beroep op hun asielsysteem doen. Samenwerking met andere landen, ook niet-

107. Rapport van de VN Special rapporteur on the human rights of migrants on a 2035 agenda for facilitating human mobility (28 april 2017), *Un Doc A/HRC/35/25*, par. 29-30.

108. Vgl. Aleinikoff & Martin 2018.

lidstaten, neemt daarin een steeds prominentere plaats in. Omdat daarbij letterlijk en figuurlijk de grenzen van het toelaatbare worden opgezocht, lijkt er een soort kat-en-muisspel te zijn ontstaan tussen de Europese rechters, met name het EHRM, en de lidstaten. In dit hoofdstuk analyseren we deze grenspraktijken en externalisering en staan we stil bij de gevolgen voor de mensenrechten van vluchtelingen. In de eerste twee paragrafen gaan we in op het juridisch kader dat uit het EVRM voortvloeit en enkele arresten die de EU-lidstaten (en uiteraard ook de andere lidstaten van de Raad van Europa) hebben begrensd in hun mogelijkheden om hun verantwoordelijkheid voor vluchtelingen te ontlopen. Vervolgens bespreken we de strategieën van lidstaten en de EU om in reactie daarop hun grenscontroles en toelatingsbeleid buiten hun grondgebied te laten plaatsvinden. In de conclusie toetsen we hoe deze praktijken zich verhouden tot de normen van het Europese en internationale recht.

4.1 Het EHRM en staatsverantwoordelijkheid

Al sinds het *Soering*-arrest wordt aangenomen dat een lidstaat zich schuldig maakt aan schending van art. 3 EVRM als door een handeling van een verdragsstaat (uitzetting of overdracht) een persoon in een ander land het risico loopt op foltering of onmenselijke of vernederende behandeling.¹⁰⁹ Op deze manier bevat ook het EVRM dus net als het Vluchtelingenverdrag het verbod van *refoulement*. Het strekt zelfs verder omdat het EVRM geen vervolgingsgrond vereist en zelfs geen vrees voor vervolging. Voldoende is dat de persoon in kwestie bij terugkeer het slachtoffer een reëel risico loopt op foltering of onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen. Hoewel de jurisprudentie van het EHRM een belangrijke bron vormt voor de opstellers van de ASR, zijn er enkele verschillen, die deels zijn te verklaren uit het regionale karakter van het EVRM. Ten eerste leidt de beperkte reikwijdte van de Conventie zoals vastgelegd in art. 1 EVRM tot de eis dat een schending plaatsvindt binnen de rechtsmacht van de verdragsstaat. Zoals bij veel verdragen, is het uitgangspunt van het EVRM dat jurisdictie alleen bij wijze van uitzondering buiten het grondgebied wordt uitgeoefend.¹¹⁰ Dit is onder meer het geval als een staat buiten zijn grondgebied effectieve

109. EHRM 7 juli 1989, nr. 14038, NJ 1990/158 m.nt. E.A. Alkema (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*).

110. Zie voor dit internationaalrechtelijke principe ook: VN Mensenrechtencomité, General Comment nr. 31, *The Nature of the General legal Obligation imposed on States Parties to the Covenant* (2004), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, par. 80.

controle uitoefent over individuen, bijvoorbeeld in een ambassade, militaire basis of een schip dat onder de vlag van de staat vaart.¹¹¹ Het is voor de vraag naar de jurisdictie irrelevant of deze controle rechtmatig is.

Dit was bijvoorbeeld de benadering van het EHRM in de uitspraak *Hirsi tegen Italië*. Het Hof oordeelde dat bij onderschepping en fysieke overdracht van migranten in internationale wateren, de verplichtingen van het EVRM onverkort van toepassing zijn.¹¹² Het veroordeelde Italië wegens schending van art. 3 en 13 EVRM en van het verbod van collectieve uitzetting (art. 4 vierde Protocol), omdat Italië zonder enig individueel onderzoek migranten had overgedragen aan Libië, terwijl de mensonterende omstandigheden voor migranten in Libië genoegzaam bekend waren. De criteria van het EHRM impliceren dat een land ook jurisdictie uitoefent indien het een schip met migranten blokkeert of escorteert naar een andere plaats, terwijl deze migranten niet in de mogelijkheid verkeren om hun schip te verlaten.¹¹³ Deze acties leiden immers tot indirecte, maar net zo effectieve controle over de migranten. Zelfs instructies van een kustwacht van een lidstaat aan een schip om migranten naar een bepaalde haven te brengen (denk aan de handelwijze van de Italiaanse kustwacht ten aanzien van ngo's die migranten hebben gered uit de Middellandse Zee) impliceren een zekere mate van effectieve controle, met name wanneer ontschepping in een ander land onmogelijk is.

In navolging van zijn arresten *Hirsi* en *Sharifi*, is het EHRM in de zaak *N.T. en N.D. tegen Spanje* om die reden niet meegegaan met pogingen van de lidstaten om hun rechtsmacht te ontkennen.¹¹⁴ Spanje ontkende zijn rechtsmacht ten aanzien van migranten die over de hekken van Ceuta waren geklommen, waarna de Spaanse grenswacht hen onmiddellijk overdroeg aan de Marokkaanse autoriteiten. Waar Italië in *Hirsi* beweerde dat het op volle zee, dus buiten zijn grenzen, niet gebonden was aan het EVRM en in *Sharifi* dat de asielzoekers (die in de haven van Italië verbleven) nog geen toegang hadden gekregen tot zijn grondgebied, stelde Spanje zich nu op het standpunt dat migranten pas op Spaans grondgebied zijn als ze voorbij het hekwerk en het kantoor van de *Guardia Civil* zijn gekomen. Breed wordt echter aangenomen dat de hekken zich op Spaans grondgebied bevinden.¹¹⁵ Verwijzend naar zijn conclusie in paragraaf 77

111. EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07, par. 136 (*Al-Skeini t. VK*); UN CAT 21 november 2008, Cat/C/41/D/323/2007 (*J.H.A./Spain*) (*Marine I case*).

112. EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09, par. 79 (*Hirsi e.a. t. Italië*).

113. Gammeltoft-Hansen & Hathaway 2015, p. 265.

114. EHRM 3 oktober 2017, nr. 8675/15 en 8697/15 (*N.D. en N.T. t. Spanje*); EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09 (*Hirsi e.a. t. Italië*); EHRM 21 oktober 2014, nr. 16643/09 (*Sharifi e.a. t. Italië en Griekenland*).

115. Zie 'La defensora concluye en el Senado el trámite parlamentario del informe anual', *Spaanse Ombudsman* 9 april 2014; Rapport CPT/Inf (2015) 19 van de European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT) van de Raad van Europa, 9 april 2015, par. 39.

van het *Hirsi*-arrest overwoog het Straatsburgse Hof dat het voor de vaststelling van de verantwoordelijkheid van Spanje niet nodig is om de exacte demarcatielijnen van het Spaans grondgebied te bepalen. De feitelijke controle over iemand impliceert immers al *de jure* controle, uitgeoefend door de betreffende staat over het betreffende individu. De opmerking van het Hof dat staten hun internationaal bepaalde grenzen niet kunnen aanpassen om aan hun verdragsverplichtingen te ontkomen, bevestigt eerdere uitspraken van het EHRM dat verdragsstaten hun nationaal asielrecht ook moeten toepassen in zogenaamde internationale zones of op luchthavens.¹¹⁶

Het EHRM erkent in een toenemend aantal situaties de jurisdictie van een staat buiten diens grondgebied. Dat biedt ruimte voor het vaststellen van een verantwoordelijkheid zonder dat de staat fysieke controle uitoefent, maar wel een ander land aanzet (en betaalt) tot bepaalde handelingen.¹¹⁷ Tot nu toe staat het vereiste van jurisdictie in de weg aan het toekennen van verantwoordelijkheid als een verdragsstaat met hulp van een ander land de toegang weigert aan vluchtelingen. Zo is Spanje tot nu toe niet aansprakelijk gesteld door het EHRM voor zijn samenwerking met Mauritanië en Senegal in hun territoriale wateren, om te voorkomen dat migranten kunnen doorreizen naar de Canarische eilanden. De veroordeling door het EHRM van *pushbacks* (terugsturen zonder individueel onderzoek), maakt staten bovendien creatief. Zo betalen Italië en Spanje respectievelijk Libië en Marokko substantiële bedragen om te voorkomen dat migranten hun grondgebied bereiken. De Libische kustwacht onderschept migranten op de Middellandse Zee om ze terug te brengen naar detentiecentra op Libisch grondgebied, de Marokkaanse grenswachten houden migranten afkomstig uit Sub-Sahara op grote afstand van de hekwerken op de landsgrens met Ceuta en Melilla en deporteren wachtenden geregeld naar Zuidelijk Marokko of zelfs Algerijnse woestijn.¹¹⁸ De *pushbacks* door verdragsstaten hebben zo plaats gemaakt voor de zogenaamde *pullbacks* door landen die geen partij zijn bij het EVRM. In dit verband is het zinvol erop te wijzen dat rechter Pinto de Albuquerque in zijn *concurring opinion* bij het *Hirsi*-arrest al overwoog dat:

‘the full range of conceivable immigration and border policies, including denial of entry to territorial waters, denial of visa, denial of pre-clearance embarkation or provision of funds, equipment or staff to immigration-control operations performed by other States or international organisations on behalf of the Contracting Party, remain subject to the

116. EHRM 3 oktober 2017, nr. 8675/15 en 8697/15, par. 50 (*N.D. en N.T. tegen Spanje*); Zie ook EHRM 25 juni 1996, nr. 19776/92 (*Amuur tegen Frankrijk*); Zie ook Pijnenburg 2017.

117. EHRM 7 juli 2011, nr. 55721/07 (*Al-Skeini t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 7 juli 2011, nr. 27021/08 (*Al-Jedda t. Verenigd Koninkrijk*).

118. Artsen zonder grenzen 2013.

*Convention standard. They all constitute forms of exercise of the State function of border control and a manifestation of State jurisdiction, wherever they take place and whoever carries them out.*¹¹⁹

Met name de laatste zinsnede is cruciaal, omdat de Europese landen zich met het delegeren van grenscontroletaken aan andere landen tot nu toe hebben kunnen vrijwaren van verantwoordelijkheid. Als ze niet zelf fysiek betrokken zijn en de controle plaatsvindt buiten hun grenzen, wordt er geen jurisdictie aangenomen. Als ze wel jurisdictie uitoefenen, heeft het EVRM echter volledige werking, ongeacht waar de migranten zich bevinden.

Volgens Gammeltoft-Hansen en Hathaway is dit een verschil met de verplichtingen van het Vluchtelingenverdrag: verdragsstaten dienen vluchtelingen op hun grondgebied alle rechten van het Vluchtelingenverdrag te waarborgen, maar bij jurisdictie daarbuiten gelden alleen de kernverplichtingen, waaronder het verbod van *refoulement*.¹²⁰ Het is de vraag of dit onderscheid houdbaar is wanneer een verdragsstaat vluchtelingen afhoudt van toegang tot bescherming op zijn grondgebied, met een doorverwijzing naar opvang en bescherming elders, bijvoorbeeld door vluchtelingen die in de EU bescherming willen vragen, te (laten) opvangen buiten de EU. Een dergelijke inperking zou een verdragsstaat immers in staat stellen om aan zijn verplichtingen van het Vluchtelingenverdrag te ontkomen.

4.2 *Uitbreiding van jurisdictie?*

Mocht het EHRM de criteria voor jurisdictie verder verruimen in de lijn van de *concurring opinion* van rechter Pinto de Albuquerque, dan kan de staatsverantwoordelijkheid zelfs verderstrekkend zijn dan de ASR, omdat het Straatsburgse Hof niet werkt met het concept van afgeleide aansprakelijkheid. Het EVRM vereist net als het Vluchtelingenverdrag niet dat de schade al daadwerkelijk moet zijn toegebracht. Verdragsstaten kunnen immers al verantwoordelijk worden gehouden voor schending van art. 3 EVRM bij een reëel risico op *refoulement*. Zij hebben een positieve verplichting om hun rechtssubjecten te beschermen tegen een schending van een van de rechten van het EVRM, ook als deze plaatsvinden in een ander land. Dat deze plicht tot bescherming zich uitstrekt tot het risico op *refoulement* door het bestemmingsland, en daarmee ook een verbod van indirect *refoulement* inhoudt, erkende het Hof voor het eerst expliciet in de zaak *T.I. tegen het VK* (zie verder hoofdstuk 5).¹²¹

119. EHRM 23 februari 2012, nr. 27765/09 (*Hirsi e.a. t. Italië*), Concurring opinion of judge Pinto De Albuquerque.

120. T. Gammeltoft-Hansen & J. Hathaway 2015, p. 257-259.

121. EHRM 7 maart 2000, nr. 43844/98 (*T.I. t. Verenigd Koninkrijk*). Ook eerder al impliciete erkenning in EHRM 25 juni 1996, nr. 19776/92, par. 48 (*Armuur t. Frankrijk*) en EHRM 23 februari 1999, nr. 45917/99 (*Andic t. Zweden*).

De uitdaging van een verdere ontwikkeling naar het vaststellen van verantwoordelijkheid zit vooral in de criteria voor de identificatie van een relatie tussen de handeling van een verdragsstaat en de schade die in een ander land wordt aangericht. Is causaliteit vereist, in die zin dat zonder deze bijdrage de schending niet had plaatsgevonden? Of zal het EHRM ook hier de ILC volgen en oordelen dat een significante bijdrage voldoende is? Op verzoek van Spanje weerhoudt Marokko Sub-Sahara migranten van het bereiken van Spaans grondgebied.¹²² Deze *pullback*-acties leiden ertoe dat migranten in Marokko niet de bescherming van het EVRM kunnen inroepen en zich evenmin tot de Spaanse autoriteiten kunnen wenden. Het is daarom van belang om criteria te ontwikkelen voor het vaststellen van een causaal verband tussen het gedrag van de Marokkaanse grenswachten en de afspraken die Spanje en Marokko over grensbewaking hebben gemaakt. Deze zouden een houvast kunnen bieden om Spanje aansprakelijk te stellen voor het ontzeggen van migranten tot de Spaanse asielprocedure door middel van afspraken met de Marokkaanse grenswachten. Dit vraagstuk wordt steeds relevanter naarmate verdragsstaten, en ook de EU, vaker derde landen inzetten voor de bestrijding van irreguliere migratie, waarmee ze zelf juridisch buiten schot blijven en migranten buiten de bescherming van het EVRM vallen.

Een spannende test wordt de klacht van ngo's tegen Italië over de rol die dat land speelt bij de martelingen en onmenselijke behandeling van migranten in de Libische detentiecentra.¹²³ Italië zette na het *Hirsi*-arrest bijna ononderbroken zijn samenwerking met Libië voort: eerst met Kadhafi en na de NAVO-bombardementen achtereenvolgens met de Overgangsraad en president Faye al-Serraj. De financiering en training van de Libische kustwacht door de EU operatie EUNAVFORMED en door Italië (betaald uit het *EU Trustfund for Africa*) is substantieel.¹²⁴ Italië maakt de operaties van de Libische kustwacht in hun SAR-zones mogelijk, die deze migranten onderschept en terugbrengt naar het Libische grondgebied. Daar worden ze rechtstreeks naar de detentiecentra gestuurd die in 2017 voor grote ophef zorgden vanwege de slavenhandel die er plaatsvindt.¹²⁵ Zonder externe financiering zouden de migranten niet worden terugge-

122. EHRM 3 oktober 2017, nr. 8675/15 en 8697/15, par. 86 (*N.D. en N.T. t. Spanje*).

123. Bovens 2007, p. 450; Yarwood 2011.

124. Besluit (GBVB) 2016/993 van de Raad van 20 juni 2016 houdende wijziging van Besluit (GBVB) 2015/778 inzake een militaire operatie van de Europese Unie in het zuidelijke deel van het centrale Middellandse Zeegebied (EUNAVFOR MED operation SOPHIA). Hiermee werd operatie Sophia uitgebreid met o.a. de taak tot capaciteitsopbouw en training van de Libische kustwacht en marine, vooral ter voorkoming van mensen-smokkel en -handel.

125. Zie o.a. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, *Detained and dehumanised: human rights abuses against migrants in Libya*, 13 December 2016. UNHCR (briefing note) 11 October 2017, *Libya: Refugees and migrants held captive by smugglers in deplorable conditions*.

stuurd door de Libische kustwacht. Het getuigt van cynisme dat Europese regeringen ronduit toegeven dat zij migranten niet kunnen en zullen terugbrengen naar Libië omdat dit *refoulement* zou opleveren. Libië betalen om de migranten zelf naar hun grondgebied terug te brengen, heeft de facto uiteraard hetzelfde effect. In de literatuur wordt deze constructie gekwalificeerd als *refoulement* bij volmacht.¹²⁶ De Libische autoriteiten maken zich schuldig aan marteling en onmenselijke behandeling of bieden op zijn minst onvoldoende bescherming daartegen en de Italiaanse autoriteiten, evenals de EU, dragen hiervan kennis.¹²⁷ Bovendien zijn de migranten in Libië verstoken van de mogelijkheid om de rechten van het EVRM in te roepen of anderszins bescherming te krijgen.¹²⁸ Dat Italië met goedkeuring van de andere lidstaten een *code of conduct* heeft afgedwongen bij humanitaire organisaties die hen de toegang ontzegt tot de Libische wateren, leidt ertoe dat migranten worden overgeleverd aan de folteraars aan wie ze trachten te ontkomen.¹²⁹

Het is de vraag of fysieke betrokkenheid nog is vereist als de causale relatie tussen bilaterale afspraken en een schending van mensenrechten die tot het internationaal gewoonterecht behoren wel vaststaat. Daarnaast zal het EHRM uitsluitel moeten geven over de bewijsregels voor het bestaan van de samenwerking en van de specifieke afspraken. Landen nemen steeds vaker hun toevlucht tot informele samenwerking en schimmige afspraken, wellicht juist om elke vorm van verantwoordelijkheid te ontlopen.

4.3 De externe dimensie van het EU-asielbeleid

Op grond van art. 78 VWEU maken het Vluchtelingenverdrag en het EVRM materieel deel uit van de fundamentele rechten van de Unie (art. 6 VWEU) en vormen ze tevens de basis voor de asielrichtlijnen en het Handvest voor de Grondrechten. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam hebben het interne en externe migratiebeleid een parallelle ontwikkeling doorgemaakt. Intern werden gemeenschappelijke normen ontwikkeld waarop asielzoekers en migranten aanspraak

126. D'Argent & Kuritzky 2017, p. 233-264.

127. Zie o.a. Amnesty International 2017-2.

128. Zie o.a. VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, 20 december 2018; UNHCR (briefing note) 11 October 2017, *Libya: Refugees and migrants held captive by smugglers in deplorable conditions*.

129. Zie Code of Conduct for NGOs involved in migrants' rescue operations at sea (bit.ly/2uebgzM); Europese Commissie (4 juli 2017), *Action plan on measures to support Italy, reduce pressure along the Central Mediterranean route and increase solidarity*, SEC (2017)339; *Kamerstukken II* 2016/17, 32317, 479 (Verslag van de informele bijeenkomst van de Raad Justitie en Binnenlandse Zaken, 6 en 7 juli 2017 te Tallinn).

konden maken als ze zich op het EU-grondgebied bevonden.¹³⁰ Voor het externe beleid, gericht op het voorkomen van illegale binnenkomst, bleek samenwerking met derde landen onontbeerlijk. Recent werken de lidstaten aan EU regels waarmee ze toegang tot het grondgebied loskoppelen van toegang tot asiel, door middel van de verruiming van de criteria voor een veilig derde land.¹³¹ Na een ontvankelijkheidstoets wordt de asielzoeker overgedragen aan een derde land voor een inhoudelijke behandeling van zijn asielverzoek en de daaruit volgende bescherming. Toepassing van deze ‘interne vorm’ van externalisering is uiteraard alleen mogelijk met instemming van de betrokken derde landen (zie verder par. 4.5).

Instemming van derde landen is niet alleen nodig voor de overdracht van vluchtelingen, maar ook voor die van irreguliere migranten. De terug- en overnameovereenkomsten vormen daarvoor een belangrijk instrument, in toenemende mate ook voor de overdracht van migranten aan transitlanden. Om deze landen genoeg prikkels te kunnen bieden om hun medewerking te verkrijgen, hevelde de lidstaten de onderhandelingsbevoegdheid over naar het EU-niveau.¹³²

Mensenrechten en terug- en overname overeenkomsten

De belangen en rechten van migranten vormen geen onderdeel van dergelijke afspraken. De enige garantie ten aanzien van mogelijke asielrechtelijke bescherming is af te leiden uit de voorwaarde dat het om irreguliere migranten moet gaan, inclusief afgewezen asielzoekers. Dat impliceert dat zij op grond van het EU-asielrecht wel eerst in de EU een effectief rechtsmiddel moeten hebben gehad.¹³³ Maar die waarborg geldt dus alleen voor migranten die het al is gelukt om EU-grondgebied te bereiken. De overeenkomsten raken echter ook de migranten die niet zover zijn gekomen: die komen vast te zitten in het transitland of kunnen daar zelfs niet binnenkomen. Transitlanden nemen immers zelf als gevolg van de overeenkomst ook weer maatregelen om verantwoordelijkheid te voorkomen voor migranten op doorreis naar Europa. Dit is overigens niet een onbedoeld effect: niet zozeer de terugname zelf, als wel de preventie van irreguliere binnenkomst lijkt het hoofddoel.¹³⁴

130. Zo gelden de EU-bepalingen van de Procedurerichtlijn nadrukkelijk niet buiten de EU-buitengrenzen, ook niet op ambassades van de lidstaten, zie art. 3 lid 2 Richtlijn 2013/32/EU.

131. Zie COM(2016)467, 13 juli 2016, art. 44-48.

132. Lavenex 1999, p. 76-82, 89. Zie voor de rechtsgrondslag art. 79 lid 3 VEU. De EU hanteert geregeld de woordcombinatie illegale migratie. Wij vinden dat een onjuiste framing en geven de voorkeur aan irreguliere migratie.

133. Zie art. 46 Procedurerichtlijn en art. 47 Handvest van de Grondrechten. Zie ook o.a. EHRM 26 april 2007, nr. 25389/05 (*Gebremedhin t. Frankrijk*).

134. Raadsdocument 13084/01, p. 9.

Er kleven drie mensenrechtelijke risico's aan terug- en overnameovereenkomsten.

Een eerste risico is dat gestrande migranten, ook asielzoekers, afhankelijk worden van het ter plekke fungerende asielsysteem. Over minimumstandaarden wat betreft asiel en bescherming maakt de EU echter geen afspraken. Ze vormen evenmin een criterium bij de selectie van de partnerlanden. Daarvoor gelden heel andere criteria: aard en aantallen migranten naar de EU, geografische ligging ten opzichte van de EU, de noodzaak van het opbouwen van capaciteit voor het beheer van de migratie, het bestaande samenwerkingskader en de opstelling ten opzichte van samenwerking op migratiegebied.¹³⁵ Een indicatie dat transitlanden niet de intentie hebben de verantwoordelijkheid voor migranten duurzaam over te nemen, vormt de overgangstermijn die zij doorgaans bedingen voordat de overeenkomst ook toepasbaar wordt op migranten uit een ander land. Dit biedt hen de tijd om zelf een terug- en overnameovereenkomst af te sluiten met het eigen buurland, waarheen ze de migrant onmiddellijk na overname uit de EU kunnen overdragen.

Dat brengt ons bij het tweede mensenrechtelijke risico: migranten kunnen in een transitland terecht komen in een juridisch vacuüm, zeker als ze niet naar hun thuisland kunnen doorreizen. In de meeste gevallen dat een transitland wordt ingezet, is een dergelijk obstakel aanwezig. Het verstoken zijn van toegang tot rechten of basale voorzieningen, raakt aan hun recht op menselijke waardigheid.¹³⁶ Dit risico vormde voor de Commissie een belangrijke reden om lidstaten voor te stellen zich te beperken tot terug- en overnameovereenkomsten met herkomstlanden.¹³⁷

Het derde risico is dat een zogenoemde kettingdeportatie tot in de eigen regio ook bestaat in de omgekeerde richting. De ontwikkeling naar een keten aan terug- en overnameovereenkomsten en scherpere grenscontroles maakt het voor een vluchteling steeds moeilijker om een veilig land te bereiken. Hiermee is niet alleen het recht op asiel in het geding maar eveneens het recht om een land te verlaten.¹³⁸ Een schrijnend voorbeeld hiervan vormen de Syrische vluchtelingen die sinds enige jaren gesloten grenzen treffen (met Turkije, Jordanië en Libanon) als ze hun land willen ontvluchten.

135. Raadsdocument 13894/02, 18 november 2002, *Conclusies van de Raad over geïntensiverde samenwerking met derde landen bij het beheer van de migratiestromen*. Zie ook COM(2002)175, 10 april 2002, *Groenboek inzake het terugkeerbeleid*, par. 4.

136. Preambule en art. 1 UVRM, meer concreet m.b.t sociale rechten in art. 22 en 23.

137. COM(2011)76, 23 februari 2011, aanbeveling 8.

138. Zie o.a. art. 12 lid 2 IVBPR en art. 13 lid 2 UVRM.

Integrale aanpak

De behoefte om bij de onderhandelingen over terug- en overname meer onderhandelingsgewicht te creëren, vormde de aanzet voor de integrale aanpak zoals geformuleerd in 2005 in de *Global Approach to Migration* (GAM, later aangevuld met de M van *mobility*).¹³⁹ Daarbij golden vier gelijkwaardige doelstellingen: ontwikkelingssamenwerking, het tegengaan van irreguliere migratie, het bieden van internationale bescherming en het bevorderen van legale migratie. Met de GAMM wilde de EU nadrukkelijk afrekenen met een eenzijdige focus op het eigen belang en bewerkstelligen dat de EU, het derde land en de migranten profijt van de samenwerking zouden ondervinden. Het is de vraag of deze uitgangspunten in de praktijk voldoende tot hun recht komen. De EU bezit nog steeds het meeste onderhandelingsgewicht in de zin van handelsvoordelen, migratiemogelijkheden en financiële programma's, terwijl tegelijkertijd de belangen van beide partnerlanden niet parallel lopen en vaak zelfs onverenigbaar zijn.¹⁴⁰ Ook de integrale aanpak komt niet uit de verf omdat het tegengaan van migratie steeds vaker topprioriteit is geworden en leidend bij de selectie van landen en het maken van concrete afspraken. Dit gebeurt zowel op EU-niveau als bij de implementatie van de GAMM door individuele lidstaten.

Dat de bestrijding van irreguliere migratie centraal staat, blijkt uit het type maatregelen. Door middel van visumbeleid, aansprakelijkheid van vervoerders, de steeds massalere inzet van het Agentschap Frontex (tegenwoordig de Europese grens- en kustwacht) en digitalisering van grenscontroles, vinden EU-buitengrenscontroles en maatregelen tegen mensensmokkel nu in veel verschillende stadia en op verschillende fysieke locaties plaats: vanaf de plaats van vertrek tot in het land van bestemming.¹⁴¹ Veel wetenschappers trekken de effectiviteit van deze maatregelen in twijfel, omdat ze vooral nieuwe markten voor smokkelaars zouden creëren.¹⁴² De extra obstakels betekenen dat vluchtelingen op hun weg naar bescherming langere, gevaarlijker en duurdere reizen ondernemen.

Dat de bestrijding van smokkel en mensenhandel steeds meer in handen wordt gelegd van externe actoren zoals regeringen of milities in derde landen, vergroot het gevaar voor migranten dat corrupte overheden (of milities) hun situatie exploiteren. De signalen dat Italië geld betaalt aan Libische milities die eerder migranten smokkelden, om hen nu juist tegen

139. COM(2005)621, 15/16 december 2005.

140. Parkin, Carrera & Den Hertog 2013, p. 337-358.

141. Den Heijer 2010.

142. Carling 2007, p. 316-343; Andersson 2014; Ferrer-Gallardo & Van Houtum 2014.

te houden, illustreren hoe migranten klem kunnen zitten in een situatie waarin hun rechten van weinig waarde zijn.¹⁴³ Migrantenvormen zo een kwetsbaar instrument in handen van derde landen waarmee zij de EU kunnen chanteren of anderszins druk uitoefenen. Daarnaast zet de focus van de EU op irreguliere migratie derde landen nog meer onder druk om illegale in- en uitreis te voorkomen door middel van repressieve maatregelen, zoals detentie, *refoulement* of marteling.¹⁴⁴ Zo kan de samenwerking met de EU er onbedoeld toe leiden dat de positie van migranten in de transitlanden juist verzwakt, ook van degenen die geen aspiratie hebben om naar Europa te komen.¹⁴⁵

De Europese Migratieagenda die de Commissie in 2015 opstelde in reactie op de plotselinge toename van het aantal vluchtelingen in 2015, borduurde voort op de uitgangspunten van de GAMM.¹⁴⁶ Wel wees de Commissie op de behoefte aan meer instrumenten om medewerking van derde landen te verkrijgen. Deze behoefte kreeg in 2016 vorm met een Nieuw Partnerschapskader, waarin de Commissie meer maatwerk aankondigde door middel van *compacts* tussen de EU en een derde land.¹⁴⁷ Het principe van conditionaliteit werd verder aangescherpt: derde landen zouden niet alleen moeten worden beloond voor medewerking (*more for more*), maar ook bestraft voor hun weigering om mee te werken (*less for less*). Volgens de Commissie moeten alle EU-beleidsterreinen hiervoor worden ingezet, met uitzondering van humanitaire hulp.¹⁴⁸ In zijn regeerakkoord benadrukte het kabinet-Rutte III dit principe en benoemde het daarbij concreet een aantal mogelijke drukmiddelen.¹⁴⁹

Mensenrechten ondergeschikt?

De hierboven beschreven ontwikkelingen geven een gemengd beeld van de effecten van het externe migratiebeleid. Sommige maatregelen kunnen derde landen aanzetten tot een verbetering van het asielsysteem voor vluchtelingen, maar andere kunnen juist het risico op mensenrechtenschendingen vergroten, zoals versterkte grenscontroles, detentie en het

143. *Sunday Times* 28 augustus 2017, 'Rome "paying Libyan traffickers" to stem flow of Mediterranean refugees'.

144. Zie o.a. Amnesty International 2014 en Artsen zonder grenzen 2013.

145. Klepp 2010.

146. COM(2015)240, 13 mei 2015.

147. COM(2016)385, 7 juni 2016. De Commissie noemt zestien landen die prioriteit krijgen: Ethiopië, Eritrea, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Somalië, Soedan, Ghana, Ivoorkust, Algerije, Marokko, Tunesië, Afghanistan, Bangladesh en Pakistan.

148. COM(2016)385, 7 juni 2016, p. 10, voetnoot 26.

149. Regeerakkoord-Rutte III, 'Vertrouwen in de toekomst', Den Haag: 10 oktober 2017, p. 52: Het verstrekken of onthouden van OS-gelden of visa voor inwoners, in het bijzonder voor overheidsbeambten en hooggeplaatsten, van het betreffende land of het verstrekken of intrekken van landingsrechten van vluchten vanuit dat land.

tegenhouden van uitgaande irreguliere migratie. Een cruciaal probleem vormt het verschil in mensenrechtenstandaarden tussen de samenwerkende partners. De landen waarin vluchtelingen stranden als gevolg van de samenwerking met de EU zijn in elk geval niet gebonden aan de EU-asielnormen. Verder zijn er grote verschillen tussen de partnerlanden: een aantal belangrijke transitlanden, zoals Turkije, Oekraïne, Servië, Kosovo en Macedonië, is gebonden aan het EVRM en de rechtspraak van het EHRM. Dit geeft migranten in principe de mogelijkheid om bescherming in te roepen tegen *refoulement* of collectieve uitzetting. Door de status van een aantal van deze landen als kandidaat-lidstaat, kan de EU van hen tevens verlangen om hun asiel- en migratiewetgeving in overeenstemming te brengen met die van de EU.¹⁵⁰

Voor Afrikaanse landen gelden echter veel minder relevante gedeelde normen. De meeste hebben wel het Vluchtelingenverdrag geratificeerd, maar zijn voor de uitvoering en naleving vaak afhankelijk van UNHCR.¹⁵¹ Aangezien VN-verdragen, het Afrikaans Vluchtelingen verdrag¹⁵² en het Afrikaans Handvest voor de Rechten van de Mens en Volken weinig specifieke sociale rechten toebedelen vluchtelingen, zijn zij voornamelijk afhankelijk van het nationale rechtssysteem. Buiten Afrika is een aantal relevante transitlanden geen partij bij het VN Vluchtelingenverdrag.¹⁵³

De praktijk is echter nog weerbarstiger. Het *refoulement*-verbod geldt weliswaar voor alle landen op grond van het internationale gewoonterecht, maar het risico op uitzetting zonder adequate behandeling van een asielerzoek is in veel transitlanden aanwezig. Ook kampen vluchtelingen vaak met een beperkte toegang tot voorzieningen en rechten, zoals medische zorg, onderwijs en toegang tot de arbeidsmarkt. Zo sloeg UNHCR in 2015 alarm toen tweederde van het aantal Syrische vluchtelingen in Jordanië onder het armoedeniveau bleek te leven.¹⁵⁴ Sociaal-economische rechten vormen echter ook een essentieel onderdeel van de effectieve bescherming waar vluchtelingen op grond van het VN Vluchtelingenverdrag recht op hebben.

Juist vanwege deze enorme verschillen is het opmerkelijk dat mensenrechtelijke criteria voor de selectie van potentiële partnerlanden ontbreken,

150. Dit geldt voor Turkije, Servië en Montenegro. Met Macedonië en Albanië, die wel de status van kandidaat-lidstaat hebben, zijn de toetredingsonderhandelingen nog niet gestart.

151. Alleen Eritrea, Libië en Westelijke Sahara zijn geen partij bij het verdrag.

152. Het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen in Afrika werd door de OAE (Organisatie van Afrikaanse Eenheid) aanvaard in 1969 en is van kracht sinds 1974. Het Afrikaans vluchtelingenverdrag bevat een ruimere definitie van vluchtelingen dan het VN-vluchtelingenverdrag. Het beschermt ook personen die voor oorlog of rampen zijn gevlucht. Het verdrag bevat echter, anders dan het VN-Vluchtelingenverdrag, geen sociaaleconomische rechten.

153. Dit geldt bijvoorbeeld voor Libanon, Jordanië en Pakistan.

154. UNHCR 2014.

evenals voorwaarden die het partnerland moet naleven ten opzichte van vluchtelingen en andere migranten.¹⁵⁵ Evenmin voorzien terug- en overname overeenkomsten of afspraken zoals de EU-Turkije Verklaring in een opschortingsclausule voor situaties waarin het derde land onder een bepaald minimumniveau zakt. De afwezigheid van een juridisch toetsingskader maakt het bijzonder lastig om de effecten te monitoren of evalueren. Want aan de hand van welke normen dient de impact te worden beoordeeld: de EU-regels, het EVRM, het Vluchtelingenverdrag? Samenwerkingsafspraken worden niet standaard geëvalueerd, althans niet in de openbaarheid. Gelet op de mensenrechtelijke implicaties zouden samenwerkingsafspraken standaard vergezeld moeten gaan van afspraken over onafhankelijke evaluaties over de effecten ervan op de mensenrechten, op basis van vooraf overeengekomen normen.

Het bovenstaande laat zien dat de externe dimensie van het EU-migratiebeleid niet voorziet in een effectief mechanisme dat voorkomt dat de rechten van migranten en vluchtelingen hierdoor worden geschonden. Ondanks het uitgangspunt van integraliteit, lijkt bij spanning tussen het doel om irreguliere migratie te bestrijden en het doel om mensenrechten te bevorderen het risico groot dat het laatste het onderspit delft. Ook is een spanning waarneembaar tussen de verdrags- en Unierechtelijke waarborgen tegen *refoulement* en de praktijken van de lidstaten om hun verantwoordelijkheid te ontlopen. De samenwerking met derde landen lijkt als een prikkel te werken om die grenzen te overschrijden.

4.4 Veilige derde landen

Waar de *pushbacks* worden gestimuleerd door de externe samenwerking, stimuleert de externe samenwerking op haar beurt de ontwikkeling van bepaalde EU-asielnormen. Dit geldt vooral voor het concept van veilige derde landen, dat het mogelijk maakt om bescherming over te dragen aan een land buiten de EU. Verdragsstaten zijn gerechtigd om een vluchteling aan een ander land over te dragen, als ze de garantie hebben dat de vluchteling daar effectieve en dus ook duurzame bescherming geniet. Overdragen aan een ander land kan als een uitzondering worden gezien op de plicht van een verdragsstaat om bescherming te bieden, zeker als dat gebeurt zonder dat de verdragsstaat een inhoudelijk onderzoek naar het asielverzoek heeft uitgevoerd. De veilige derdelandenexceptie is niet verdragsrechtelijk geregeld, maar UNHCR heeft er criteria voor ontwikkeld die door veel landen als leidraad worden gebruikt.¹⁵⁶ In elk geval moeten landenrapportages over de situatie van het recht en de praktijk in de betreffende landen de basis vormen

155. Trauner & Carrapiço 2012.

156. Zie UNHCR, ExCom conclusies nr. 15 (XXX) uit 1979 en 58 (XL) uit 1989; zie ook Zwaan 2003, par. 2.3.2.1 en 2.3.2.2.

voor de bepaling of een land als veilig derde land kan worden aangemerkt (vgl. art. 35 Vluchtelingenverdrag). Uiteraard is de onafhankelijkheid van deze informatie van groot belang.

Met de Europeanisering van het asielrecht geeft de EU echter steeds meer een eigen interpretatie aan de criteria en voorwaarden voor de toepassing van het veilige derde landen concept. Op dit moment onderhandelen de lidstaten in het kader van de totstandkoming van de Procedureverordening over minder procedurele waarborgen en ruimere criteria (zie hoofdstuk 5). Uit het regeerakkoord van Rutte III blijkt waarom het kabinet deze ontwikkeling steunt: het noemt een nadere ‘specificatie’ van het concept ‘veilig derde land’ noodzakelijk om ‘het uitgangspunt van opvang in de regio effectief te kunnen realiseren’.¹⁵⁷ Op drie belangrijke punten worden de criteria versoepeld.

Ten eerste hoeft het derde land het Vluchtelingenverdrag niet langer te hebben geratificeerd. Ten tweede hoeft het derde land alleen nog maar de ‘substantiële rechten’ van het verdrag te waarborgen. UNHCR heeft altijd het belang benadrukt van naleving van het volledige Vluchtelingenverdrag, waaronder ook de burgerrechten en sociaaleconomische rechten, zodat vluchtelingen in het land van asiel een nieuwe toekomst kunnen opbouwen.¹⁵⁸ Het is de vraag of het Vluchtelingenverdrag en het effectiviteitsbeginsel zich niet tegen een inperking verzetten, als die vluchtelingen permanent zou afhouden van alle rechten van het Vluchtelingenverdrag. Ten derde worden minder eisen gesteld aan de band die de vluchteling moet hebben met het derde land, waarbij de lidstaten in de Raad zelfs bespreken of het wel nodig is dat de vluchteling ooit in dat land is geweest.¹⁵⁹ Een ontkennend antwoord van Raad en Parlement zou het aantal overdrachtsmogelijkheden aanzienlijk vergroten.

De eensgezindheid waarmee de lidstaten en de Commissie trachten de criteria voor een veilig derde land af te zwakken, houdt evident verband met hun behoefte om vaker statusdeterminatie en bescherming van vluchtelingen over te laten aan een derde land.

4.5 *Turkije een veilig derde land?*

De lakmoesproef voor een effectieve toepassing van het ‘veilig derde landen’-concept vormt de EU-Turkije Verklaring. Deze ‘deal’ sloten de

157. Regeerakkoord-Rutte-III, ‘Vertrouwen in de toekomst’, Den Haag: 10 oktober 2017, p. 52.

158. Zie UNHCR 2016 (reactie op de EU-Turkeydeal); zie ook UNHCR, ExCom-conclusie nr. 58 (XL) uit 1989, *Problem of Refugees and Asylum-seekers who move in an irregular manner from a country in which they had already found protection*, Un Doc 12A, A/44/12/Add. 1; UNHCR, ExCom-conclusie nr. 86 (XLIX) uit 1998, *Conclusion on International Protection*, Un Doc 12A, A/53/12/Add. 1.

159. Zie o.a. *Kamerstukken I* 2016/17, 32317, HQ.

EU-regeringsleiders in maart 2016 met de premier van Turkije om de irreguliere migratie vanuit Turkije via de zogenaamde Balkanroute naar Noord-Europa een halt toe te roepen.¹⁶⁰ Op grond van deze verklaring accepteerde Turkije de overname van migranten die vanuit Turkije Griekenland op irreguliere wijze waren binnen gereisd. In ruil daarvoor zou Turkije financiële ondersteuning voor de opvang van vluchtelingen krijgen en een versnelling van visavrijstelling voor Turkse burgers en van het toetredingsproces. Ook de één-op-één afspraak is vermeldenswaard: voor elke Syriër die vanaf de Griekse eilanden naar Turkije wordt teruggestuurd, zal een andere Syriër vanuit Turkije naar de EU worden overgebracht.

Turkije heeft weliswaar het Vluchtelingenverdrag en het Protocol uit 1967 geratificeerd, maar expliciet vastgehouden aan de geografische limiet.¹⁶¹ In Turkije kunnen daarom nog steeds alleen asielzoekers uit een land van de Raad van Europa een vluchtelingenstatus verkrijgen. Dit maakt de toepassing van het ‘veilige derde landen’-concept op Turkije omstreden.¹⁶² Syrische vluchtelingen komen er in aanmerking voor tijdelijke bescherming. Ze worden in principe niet teruggestuurd naar Syrië, hebben recht op medische zorg en onderwijs voor kinderen. Omdat hun toegang tot de arbeidsmarkt zeer beperkt is, leven veel vluchtelingen in Turkije onder de armoedegrens. Niet-Syrische asielzoekers kunnen formeel een asielverzoek indienen, maar zij moeten eendeloos wachten op de behandeling daarvan, terwijl hen geen opvang wordt geboden. Als wordt bepaald dat ze recht hebben op asiel, worden ze gedoogd totdat UNHCR hen kan hervestigen in een land dat wel partij is bij het Vluchtelingenverdrag.¹⁶³

Met de EU-Turkijedeal werd Griekenland feitelijk opgedragen om Turkije als een veilig derde land te behandelen, op een moment dat het Griekse asiel- en opvangsysteem nog zoveel gebreken vertoonde dat EU-lidstaten op grond van EHRM-jurisprudentie geen asielzoekers mochten terugsturen naar Griekenland (zie verder hoofdstuk 5).¹⁶⁴ Na veel proce-

160. Zie *Europese Raad* 18 maart 2016, ‘EU-Turkey statement’ (bit.ly/2oCM2IP).

161. UNHCR States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol, p. 3, unhcr.org.

162. Zie o.a. Resolutie 2109 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (20 april 2016), *The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016*; Zie ook het bijbehorende rapport, nr. 14028.

163. Zie o.a. Resolutie 2228 (2018) en Rapport nr. 1575 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa (13 juni 2018), *Human rights impact of the “external dimension” of European Union asylum and migration policy: out of sight, out of rights?*

164. EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*). Zie ook UNHCR (recommendations) 6 april 2015, ‘Greece as a Country of Asylum’; Toelichting bij UNHCR, ‘Recommendations for Greece in 2017’, to the Committee of Ministers in the context of the latter’s supervision of the execution of the relevant judgments of the European Court of Human Rights, H-DD(2017)435 en DH-DD(2017)84; Amnesty International 2017-1; *Human Rights Watch* 15 maart 2017, ‘Greece: A Year of Suffering for Asylum Seekers’; COM(2017)470, 6 september 2017, *Zevende verslag over de vooruitgang bij de uitvoering van de verklaring EU-Turkije*.

dures oordeelde de Griekse Raad van State in september 2017 ten aanzien van een aantal individuele zaken dat Turkije een veilig derde land is.¹⁶⁵ De Raad van State hechtte geen waarde aan het afwijkende standpunt van UNHCR omdat het verdrag UNHCR niet de bevoegdheid toekende om een ‘authentieke interpretatie’ te geven en zijn opinies evenmin op grond van het Unierecht bindend zijn.¹⁶⁶

De erbarmelijke omstandigheden op de Griekse eilanden voor de ongeveer 19.000 daar aanwezige asielzoekers (zie daarover verder hoofdstuk 5) brachten enkelen van hen in 2016 tot het indienen van een beroepschrift bij het Gerecht van de EU waarin ze verzochten de overeenkomst tussen de Europese Raad en Turkije nietig te verklaren.¹⁶⁷ Het Gerecht verklaarde zich echter onbevoegd om de beroepen te behandelen omdat de deal tussen de EU en Turkije, officieel aangeduid als een ‘Verklaring’, volgens het Gerecht niet een handeling betrof van een EU-instelling. Het Gerecht overwoog dat als het al om een bindende internationale overeenkomst zou gaan, deze is gesloten door de staatshoofden en regeringsleiders van de lidstaten van de Unie enerzijds en de Turkse premier anderzijds, en niet door de EU als zodanig.¹⁶⁸ Deze uitspraak laat zien dat informalisering van externe samenwerking niet alleen een bedreiging vormt voor de noodzakelijke *checks en balances* (deals of *compacts* zetten zowel het Europees Parlement als het Gerecht/Hof van Justitie buiten spel), maar ook voor de mogelijkheid van individuen om betrokken partijen aan te spreken op de gevolgen. De kwalificatie van overeenkomst tussen de lidstaten en Turkije betekent echter wel dat de individuele lidstaten een gedeelde verantwoordelijkheid dragen voor de situatie van vluchtelingen op de Griekse eilanden. Als indirect gevolg van de overeenkomst worden zij immers blootgesteld aan mensenrechtenschendingen, waarbij de lidstaten onvoldoende maatregelen nemen om hen daartegen te beschermen. Het internationale recht zou geen vacuüm mogen bevatten tussen de verantwoordelijkheid van internationale organisaties, zoals de EU, en hun lidstaten.

165. Raad van State Griekenland 22 september 2017, nr. 2347/2017 en 2348/2017. Zie *Asylum Information Database (AIDA)* 4 oktober 2017, ‘Greece: The Ruling of the Council of State on the Asylum Procedure Post EU-Turkey Deal’, Asylumineurope.org.

166. Raad van State Griekenland 22 september 2017, nr. 2347/2017 en 2348/2017, par. 58.

167. Gerecht EU 28 februari 2017, T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129 (*NG t. Europese Raad*); Gerecht EU 28 februari 2017, T-257/16, ECLI:EU:T:2017:130 (*NM t. Europese Raad*).

168. Zie ook De Waele 2017. Op 12 september 2018 verklaarde het HvJ EU de hoger beroepen tegen de uitspraak van het Gerecht in deze drie zaken *manifestly inadmissible*, zie HvJ EU 12 september 2018, C-208/17 (*NF e.a. t. Europese Raad*).

4.6 Meer deals

Omdat sinds het aannemen van de Verklaring het aantal emigranten vanuit Turkije is verminderd, prijzen Commissie en lidstaten de deal als succesvol.¹⁶⁹ Veel lidstaten hintten op de wenselijkheid om soortgelijke deals ook met andere landen te sluiten, waarbij vooral wordt gekeken naar Noord-Afrikaanse landen om zo de irreguliere migratie vanuit die regio te kunnen keren. Omdat het niet reëel is om Libië als veilig derde land te beschouwen, zou loslaten van het idee dat een staat alleen verantwoordelijk kan worden gehouden als een asielzoeker daar eerder is geweest (het doorreis criterium) een welkom perspectief voor de lidstaten bieden. Zij kunnen derdelanders dan immers overdragen aan een land waar zij nog nooit zijn geweest. Maar ook bij het vervallen van het doorreis criterium zal de wens om vluchtelingen over te dragen aan landen als Egypte, Tunesië, Marokko of Algerije voorlopig stuiten op de onmogelijkheid en onwil van dergelijke landen om voldoende bescherming te bieden.

Toch zinnen de EU-regeringsleiders op mogelijkheden om migranten en vluchtelingen die zijn onderschept in de Middellandse Zee, te kunnen doorzenden naar een plaats buiten de EU. In juni 2018 spraken ze de ambitie uit om zogenaamde regionale ontschepingsplatforms in te richten, voornamelijk buiten het Europees grondgebied.¹⁷⁰ Dit nieuwe concept zou nader moeten worden uitgewerkt in overleg met relevante derde landen en ‘in overeenstemming met het internationaal recht’. Welke standaarden van het internationale recht zij bedoelen, blijkt niet uit de Raadsconclusies. Uit art. 6 en 78 VWEU vloeit voort dat de behandeling en bescherming van migranten in elk geval in overeenstemming moet zijn met de waarborgen van het Vluchtelingenverdrag en het EVRM, als er sprake is van directe of indirecte controle door de EU. Ook als lidstaten de controle uitoefenen, is het beschermingsniveau van deze twee verdragen minimaal vereist. Bovendien biedt het internationale recht een basis om lidstaten aansprakelijk te stellen voor mensenrechtenschendingen, met name als er sprake is van de facto controle of van het doelbewust faciliteren van handelingen die leiden tot een schending.

4.7 Verantwoordelijkheid is niet af te kopen

De grote nadruk die de EU in haar externe beleid legt op het tegengaan van irreguliere migratie, herbergt het risico dat andere doelen van het buitenland beleid zoals ontwikkelingssamenwerking, zorg voor stabiliteit en democratie, versterking van de rechtsstaat en terrorismebestrijding, ondergeschied raken. Dit zou uiteindelijk zelfs kunnen leiden tot een verslechtering van de

169. Zie COM(2017)669, 15 november 2011, p. 6.

170. Raadsdocument EUCO 9/18, CO EUR 9, 28 juni 2018, conclusie 3.

leefomstandigheden en mensenrechten in een land en daarmee tot een prikkel om te vertrekken. De prestaties die van derde landen gevraagd worden, werken tevens door in hun omgang met hun eigen buurlanden. Enerzijds omdat de Unie hen verzoekt om hun grens- en visumbeleid restrictiever te maken, anderzijds om hun verantwoordelijkheid tot een minimum te beperken. Dit domino-effect beperkt niet alleen het recht om een land te verlaten en om bescherming te krijgen, maar roept ook de morele vraag op hoe dit zich verhoudt tot een eerlijke verdeling van de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen. Het laat zich in elk geval moeilijk rijmen met de doelstellingen van het *Global Compact on Refugees*.¹⁷¹

Een integrale en duurzame benadering vergt een combinatie van steun aan derde landen voor een goede opvang van grote aantallen vluchtelingen en het delen in de verantwoordelijkheid voor bescherming door middel van substantiële hervestiging. De lidstaten en het Europees Parlement onderhandelen over een Verordening voor een uniforme hervestigingsprocedure, die echter nog steeds is gebaseerd op vrijwilligheid van de lidstaten.¹⁷² In opvang in derde landen wordt nu weliswaar meer geïnvesteerd, maar dat wordt deels betaald uit reguliere fondsen voor ontwikkelingshulp. Bovendien is deze hulp vaak afhankelijk gesteld van hun medewerking aan grenscontroles en terugname van vluchtelingen of ongedocumenteerde migranten. Steun voor betere bescherming in transitlanden (middels het in hoofdstuk 2 voorgestelde fonds) zou onvoorwaardelijk beschikbaar moeten zijn. Daarnaast kunnen EU lidstaten derde landen stimuleren om hun beschermingssystemen te verbeteren met positieve prikkels, zoals visafacilitering, arbeidsmigratie of handelsvoordelen.

Het tegengaan van irreguliere migratie raakt rechtstreeks de rechten van vluchtelingen omdat zich in de 'ongecontroleerde migratiestroom' nu eenmaal ook vluchtelingen bevinden. Het ontbreekt vluchtelingen aan de legale middelen om zich voor een asielverzoek naar de EU te begeven. Zolang hen geen alternatief wordt geboden in de vorm van hervestiging of duurzame en volledige bescherming in een transitland, zullen zij gebruik blijven maken van de diensten van smokkelaars en bereid zijn een gevaarlijke tocht te ondernemen.

5. Verantwoordelijkheidsverdeling binnen de EU

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de pogingen van de EU om asielzoekers buiten de buitengrenzen te houden en verantwoordelijkheid af te schuiven op

171. Algemene vergadering van de Verenigde Naties (13 september 2016), *New York Declaration for Refugees and Migrants, draft resolution referred to the high-level plenary meeting on addressing large movements of refugees and migrants*, Un Doc A/71/150.

172. Zie het voorstel voor een verordening mbt een hervestigingsraamwerk, COM(2016)468, 13 juli 2016.

derde landen. Dat neemt niet weg dat een deel van hen er toch in slaagt de EU binnen te komen, via het land, de zee of de lucht. In de landen die grenzen aan de Middellandse Zee komen de meeste asielzoekers binnen, hoewel ook de Balkanroute in trek is bij mensensmokkelaars. Over de verantwoordelijkheidsverdeling voor asielzoekers binnen de EU gaat dit hoofdstuk.

5.1 Weeffout in het systeem van verantwoordelijkheidsverdeling

In art. 80 VWEU is het beginsel van solidariteit en billijke verdeling van de verantwoordelijkheid tussen de lidstaten vastgelegd en is bepaald dat de Unie passende maatregelen neemt voor de toepassing van dit beginsel.¹⁷³ Het openen van de binnengrenzen had vooral economische redenen (voltooiing van de interne markt) en was niet gericht op solidariteit. Solidariteit binnen de Unie als het gaat om de verdeling van de verantwoordelijkheid voor asielzoekers en vluchtelingen is inmiddels ver te zoeken. Er wordt ronduit gesproken over het falen van het Dublinsysteem.¹⁷⁴

Met het Verdrag van Amsterdam werd de verantwoordelijkheidsverdeling een onderwerp van Unierecht. Daarmee werd het Hof van Justitie van de EU bevoegd om over de interpretatie ervan te oordelen. Tijdens de bijeenkomst van de Europese Raad in de Finse plaats Tampere, waar de regeringsleiders de inhoudelijke uitgangspunten voor de asielrichtlijnen vaststelden, kwam de Raad overeen om te werken in de richting van een Gemeenschappelijk Europees Asiel systeem (GEAS). De eerste fase van vijf jaar was gericht op het tot stand brengen van verordeningen en richtlijnen waarin minimumstandaarden zouden worden neergelegd en de tweede fase op volledige harmonisatie.¹⁷⁵

De eerste fase tussen 2000 en 2005 resulteerde in afspraken over welke lidstaat verantwoordelijk was voor de behandeling van asielverzoeken: de Dublinverordening (Dublin II)¹⁷⁶ ondersteund door de Eurodacverordening (gericht op het afnemen, opslaan en vergelijken van vingerafdrukken). Daarnaast kwamen vier richtlijnen tot stand waarmee werd beoogd de behandeling van asielverzoeken te harmoniseren: de Procedurerichtlijn; de Opvangrichtlijn; de Kwalificatierichtlijn en de Tijdelijke beschermingsrichtlijn.¹⁷⁷ Het idee was dat inhoudelijke harmonisatie de prikkel zou ontnemen aan asielzoekers om door te reizen naar een andere lidstaat om daar een asielverzoek in te dienen. Hoewel de ‘eerste-fase-richtlijnen’ slechts minimumnormen bevatten, liet ook al op dat minimumniveau de

173. Vgl. Garlick 2016.

174. Fratzke 2015; Hruschka 2014; Di Filippo 2016; Hruschka 2016.

175. Conclusies van het Voorzitterschap van de Europese Raad te Tampere, 15/16 oktober 1999, SN 200/1/99, overweging 13-17.

176. Verordening (EG) 343/2003 (Dublin II).

177. Rechtsbasis aanvankelijk art. 63 lid 1 Verdrag Europese Unie, nu art. 78 VWEU.

harmonisatie te wensen over vanwege trage en gebrekkige implementatie, door een verschil in migratiegeschiedenis en door de vele uitzonderingsmogelijkheden.¹⁷⁸ Ook de tweede fase van het GEAS leidde niet tot uniforme regels, omdat lidstaten niet bereid waren hun procedures aan te passen aan het Europees stelsel. De gebrekkige implementatie van de richtlijnen uit zich in onverminderd grote verschillen tussen nationale beslispraktijken. Gelet op onder meer de uiteenlopende erkenningspercentages per nationaliteit, maakt het voor een asielzoeker veel uit welk land zijn asielverzoek behandelt.¹⁷⁹

In onze ogen is er van het begin af aan sprake geweest van een weeffout in het systeem. De criteria voor de verantwoordelijkheidsverdeling werden overgenomen uit de Overeenkomst van Dublin van 1990 die binnen de Raad van Europa waren ontwikkeld met het oog op de samenwerking tussen een veel kleiner aantal landen. Bovendien was het systeem van verantwoordelijkheidsverdeling niet gebaseerd op het beginsel van solidariteit zoals neergelegd in art. 80 VWEU, maar op interstatelijk vertrouwen in elkaars asielsysteem. Hier wreekte zich dat het systeem uitging van volledige harmonisatie van de asielsystemen en dat dit doel slechts zeer gedeeltelijk is bereikt.

5.2 *Wederzijds vertrouwen?*

Het aanvankelijke doel van de overeenkomst van Dublin was enerzijds geen *refugees in orbit*: geen vluchtelingen die nergens terecht kunnen en anderzijds geen *forumshopping*: geen asielzoekers die van de ene naar de andere lidstaat hopen om daar hun heil te zoeken. De oplossing werd gevonden in een systeem waarbinnen slechts één maar ook ten minste één lidstaat de verantwoordelijkheid heeft voor de behandeling van een asielverzoek. In de oorspronkelijke overeenkomst van Dublin zijn solidariteit of gelijke verdeling niet als doel geformuleerd.¹⁸⁰ Er werd een hiërarchie in criteria vastgesteld op grond waarvan kan worden bepaald welke lidstaat verantwoordelijk is. Wie die hiërarchie bekijkt, ziet onmiddellijk dat de zwaarste last werd gelegd op de schouders van de lidstaten met veel (zuidelijke) buitengrenzen. Immers, het systeem gaat ervan uit dat de lidstaat die de grootste rol heeft gespeeld bij de binnenkomst van de asielzoeker de verantwoordelijkheid voor de behandeling van diens asielverzoek draagt.¹⁸¹ Dat is in veel gevallen de lidstaat van eerste grensoverschrijding.

178. Strik 2011, par. 10.2.1.

179. UNHCR 2018-1, p. 41-42.

180. Echter wel in de preambules van Dublin II en Dublin III, zie considerans punt 8 bij Verordening (EG) 343/2003 (Dublin II) en bij Verordening (EU) 604/2013 (Dublin III).

181. Art. 5-8 Dublin I; art. 9-13 Dublin II; art. 12-15 Dublin III.

Het uitgangspunt van wederzijds vertrouwen en harmonisatie van de asielsystemen leidt in de eerste plaats tot het vertrouwen dat geen van de lidstaten zelf vluchtelingen ‘produceert’.¹⁸² Dat is neergelegd in het zogenoemde Aznar Protocol bij het EU-verdrag.¹⁸³ Daarnaast vertrouwen zij erop dat alle lidstaten een eerlijke procedure hebben om te bepalen of een asielzoeker als vluchteling moet worden erkend en dat zij asielzoekers en vluchtelingen een voldoende opvang bieden.

Gaven de lidstaten met het Dublinsysteem hun soevereiniteit op? Deels wel. Het Aznar Protocol laat in elk geval nauwelijks enige soevereiniteit aan de lidstaten, het bevat – anders dan de Dublinverordening – geen algemene soevereiniteitsclausule en de uitzonderingsmogelijkheden zijn zeer restrictief geformuleerd.¹⁸⁴ Soevereiniteit is ook ingeleverd doordat de lidstaten zich ertoe hebben verplicht om de verantwoordelijkheid voor de behandeling van een asielverzoek op zich te nemen als zij volgens de hiërarchie van criteria verantwoordelijk waren en, in geval van erkenning als vluchteling, bescherming te bieden. Deels behielden de lidstaten echter hun soevereiniteit, vanwege de mogelijkheid om de behandeling van een asielverzoek, zelfs als een andere lidstaat verantwoordelijk is, aan zich te trekken.¹⁸⁵

5.3 Falen van het Dublinsysteem

Het Dublinsysteem leek in theorie waterdicht vanwege het wederzijdse vertrouwen en de harmonisatie van de asielsystemen maar al in 2000 kwam er een eerste scheurtje in het systeem met de uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *T.I. tegen het Verenigd Koninkrijk*.¹⁸⁶

182. Terzijde, het idee dat niemand in de EU voor vervolging heeft te vrezen is opmerkelijk in het licht van de vele Roma die vanuit Europa naar Canada zijn gevlucht en daar als vluchteling zijn erkend. Bovendien heeft België zich het recht voorbehouden asielverzoeken van Unieburgers wel te behandelen. Zie hierover Groenendijk 2011.

183. Het Aznar Protocol is aan het EU-verdrag toegevoegd op initiatief van de toenmalige Spaanse minister-president Aznar, die vreesde dat Basken door andere lidstaten als vluchteling zouden worden erkend. Zie Protocol 24 inzake asiel voor onderdanen van lidstaten van de EU. In feite was het protocol dus juist gebaseerd op wantrouwen.

184. Een lidstaat die het asielverzoek van een EU-burger inhoudelijk wil onderzoeken moet de Commissie informeren en bij voorkeur andere lidstaten informeren. Volgens Price 2010, p. 25, 47, 57-58, moet deze beperking van de soevereiniteit worden begrepen in het licht van het beledigende karakter van een beslissing om een asielzoeker die burger is van een andere lidstaat als vluchteling te erkennen. Op p. 47 schrijft hij: ‘*if governments could be trusted to exercise their authority rightfully, asylum would be a malicious interference with justice. But in a world where many regimes exercise power arbitrarily, asylum was necessary to effectuate justice*’.

185. Art. 3 lid 2 en art. 17 Dublin III. Overigens al neergelegd in art. 29 lid 4 en 30 lid 2 van het Verdrag van Schengen.

186. EHRM 7 maart 2000, nr. 43844/98 (*T.I. t. Verenigd Koninkrijk*).

T.I. was een asielzoeker uit Sri Lanka die op grond van de Dublinverdelingsregels door het VK aan Duitsland werd overgedragen. T.I. diende een klacht in bij het EHRM en claimde dat het VK art. 3 van het EVRM schond door hem naar Duitsland te sturen omdat Duitsland, anders dan het VK, vervolging door niet-statelijke actoren niet zou erkennen. Het EHRM verwierp de klacht maar oordeelde wel dat het VK – hoewel Duitsland partij is bij het EHRM – de verantwoordelijkheid had om zich ervan te verzekeren dat Duitsland zich niet schuldig zou maken aan een schending van art. 3 EVRM. Het beginsel van wederzijds vertrouwen bleek dus aanvechtbaar.

Dit kleine scheurtje werd een heuse scheur door de baanbrekende uitspraak van het EHRM in de zaak *M.S.S. tegen België en Griekenland*,¹⁸⁷ gevolgd door de uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) in de zaken *N.S. tegen het VK en M.E. e.a. tegen Ierland*.

M.S.S. was een asielzoeker uit Afghanistan die om asiel vroeg in België. Uit het Eurodac-systeem bleek dat hij via Griekenland de EU was binnengekomen en België hield Griekenland daarom verantwoordelijk voor de behandeling van zijn asielverzoek en stuurde hem daarheen terug. In Griekenland werd het hem buitengewoon moeilijk gemaakt om een asielverzoek in te dienen en na verblijf aldaar in zeer armoedige situatie werd hij er gedetineerd. M.S.S. diende een klacht in bij het EHRM. Het Straatsburgse Hof oordeelde dat niet alleen Griekenland art. 3 en 13 EVRM had geschonden vanwege het niet bieden van een eerlijke asielprocedure en de slechte opvang- en detentieomstandigheden maar dat dit ook gold voor België dat wist of had moeten weten van het falende asielsysteem in Griekenland.

In de zaken *N.S.* en *M.E.* bevestigde het HvJ EU de uitspraak van het EHRM in de zaak *M.S.S.*, zij het met iets meer ruimte voor de lidstaten om asielzoekers terug te sturen.¹⁸⁸ Het Luxemburgse Hof onderstreepte de nauwe samenhang tussen EU-asielrecht en de naleving van mensenrechtenverdragen: '[H]et gemeenschappelijk Europees asielsysteem steunt op de volledige en niet-restrictieve toepassing van het Verdrag van Genève en op de garantie dat niemand naar het land van vervolging wordt teruggestuurd. In art. 18 van het Handvest en in art. 78 VWEU is bepaald dat het Verdrag van Genève en het Protocol van 1967 in acht worden genomen' (r.o. 75). Het betrof asielzoekers uit Afghanistan, Iran en Algerije die vanuit het VK/Ierland naar Griekenland dreigden te worden gestuurd. Het loutere feit dat een staat de verdragen heeft geratificeerd, vestigt volgens het Hof niet het onweerlegbare vermoeden dat deze staat

187. EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

188. HvJ EU 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10 (*N.S. t. Verenigd Koninkrijk en M.E. e.a. t. Ierland*).

die verdragen naleeft (r.o. 103). Lidstaten mogen asielzoekers niet aan de verantwoordelijke lidstaat overdragen, wanneer zij niet onkundig kunnen zijn van systematische tekortkomingen die tot een reëel risico in de zin van art. 3 EVRM (vgl. art. 4 Handvest) kunnen leiden (r.o. 94). In een dergelijk geval kan de lidstaat verplicht zijn het asielverzoek zelf te behandelen (r.o. 108).

Het resultaat is dat lidstaten niet meer blind op elkaar mogen vertrouwen. Er is altijd een onderzoeksplicht en die is groter als er meer aanwijzingen zijn dat het asielsysteem en/of de opvang in een lidstaat niet in orde is. Dit is later ook neergelegd in art. 3 lid 2 van de Dublin III-Verordening.¹⁸⁹

Vervolgens werd de soevereiniteit van de lidstaten enigszins aangetast doordat als gevolg van jurisprudentie de discretionaire bevoegdheid om een asielverzoek – ondanks de Dublinafspraken aan zich te trekken – in sommige gevallen een verplichting werd. Het aanvankelijke idee dat de verantwoordelijkheidsverdeling enkel de rechtsverhouding tussen de lidstaten betreft, werd zo door jurisprudentie van het HvJ EU aangetast. De asielzoeker kreeg de mogelijkheid om zich te verzetten tegen een beslissing waarbij een lidstaat de verantwoordelijkheidsverdeling op zijn asielverzoek toepast.¹⁹⁰

De verdere jurisprudentiële ontwikkelingen over interstatelijk vertrouwen laten we buiten beschouwing. Tot 2017 is overigens geen andere lidstaat door de Europese rechters in zijn algemeenheid te onveilig bevonden om asielzoekers naar terug te sturen. Maar in 2017 oordeelde het EHRM in de zaak *Ilias en Ahmed t. Hongarije* dat Hongarije art. 3 EVRM had geschonden door de asielzoekers Ilias en Ahmed naar Servië terug te sturen zonder afdoende te motiveren waarom het Servië aanmerkte als een veilig derde land voor deze asielzoekers uit Bangladesh.¹⁹¹ In zijn beschouwing betrok het Hof het risico dat de uitzetting naar Servië kon leiden naar uitzetting naar Macedonië en uiteindelijk naar Griekenland, wat op dat moment zou hebben geleid tot schending van art. 3 EVRM.¹⁹²

Het wederzijds vertrouwen is niet alleen aangetast doordat sommige lidstaten hun verplichtingen niet konden nakomen maar ook doordat daadwerkelijke solidariteit ontbreekt. In feite was het hele systeem van verantwoordelijkheidsverdeling al van aanvang noch op solidariteit tussen de lidstaten noch op solidariteit met vluchtelingen gebaseerd. Hoewel Griekenland, Italië en Malta al sinds 2005 steen en been klagen over de oneerlijke verdeling en veel ongeregistreerde asielzoekers doorreisden naar

189. Verordening (EU) 604/2013 (Dublin III).

190. Art. 27 lid 3 Dublin III; HvJ EU 7 mei 2016, C-63/15 (*Ghezelbash t. Nederland*); HvJ EU 7 juni 2016, C-155/15 (*Karim t. Zweden*).

191. EHRM 14 maart 2017, nr. 47287/15 (*Ilias & Ahmed t. Hongarije*).

192. EHRM 14 maart 2017, nr. 47287/15, par. 118-123 (*Ilias & Ahmed t. Hongarije*). Het EHRM verwijst daarbij naar de zaak *M.S.S. tegen België en Griekenland*.

noordelijke lidstaten, werd die onevenredige verdeling pas als problematisch erkend toen juist de noordelijke lidstaten, met name Duitsland, Oostenrijk en Zweden, vanaf 2015 met de meeste (doorgereisde) asielzoekers werden geconfronteerd. Het is de vraag of een verdelingssysteem dat niet op solidariteit is gebaseerd ooit effectief kan zijn.

5.4 *Wederzijds wantrouwen*

Het antwoord van de lidstaten op de niet bereikte harmonisatie en de gebrekkige implementatie bestond dus in hoofdzaak uit meer wetgeving en slechts zijdelings uit meer inzet op betere implementatie.

Het systeem ging ernstiger scheuren vertonen toen in 2015 plotseling veel grotere aantallen asielzoekers de EU, met name Duitsland bereikten. De Europese Commissie reageerde met een *European Agenda on Migration*, een voorstel voor een pakket van noodoplossingen voor de korte termijn.¹⁹³ Dit leidde tot het aannemen van twee resoluties door de Raad die bepaalde paragrafen van Dublin III buiten werking stelden en voorzagen in de herplaatsing van Dublin-claimanten uit Griekenland en Italië.¹⁹⁴

Een ander groot probleem bij de uitvoering van de Dublinverordening is het overschrijden van termijnen en de zeer beperkte effectuering van de overdrachten.¹⁹⁵ Het systeem leidt tot een perverse prikkel voor staten van eerste binnenkomst om niet aan de eisen van registratie en termijnen te voldoen omdat dit wordt beloond met het niet terugsturen van asielzoekers naar die staten. Ook het niet voldoen aan de eisen van het bieden van een behoorlijke opvang en procedure vergroot de kans op het uitblijven van overdrachten.

Is er nog wel sprake van interstatelijk vertrouwen? In 2015 hebben we, naast de chaos en overvolle kampen in Griekenland, gezien dat binnengrenzen opnieuw werden gesloten (Duitsland/Oostenrijk, Oostenrijk/Slovenië, Slovenië/Kroatië, Oostenrijk). Frankrijk sloot de grens bij Ventemiglia onder het verwijt aan Italië dat het asielzoekers niet registreerde. Landen als Duitsland en Oostenrijk stopten met het behandelen van claims. Van het meerderheidsbesluit van de Raad van 25 juni 2015 om 160.000 asielzoekers vanuit Italië, Griekenland binnen twee jaar elders in de EU te hervestigen, een aantal dat uiteindelijk is teruggebracht tot 33.000, is weinig terechtgekomen. Hongarije, Roemenië, Slowakije en Tsjechië hadden tegengestemd maar werden *overruled*. Zij vonden dat de afspraak een inbreuk was op hun soevereiniteit en weigerden het besluit na te leven en startten een procedure bij het HvJ EU. Op 6 september 2017 oordeelde het HvJ EU dat

193. COM (2015)240 final, 13 mei 2015.

194. Besluit (EU) 2015/1523 van de Raad van 14 september 2015; Besluit (EU) 2015/161 van de Raad van 22 september 2015. Zie Battjes 2018.

195. Bruin, Kok & Terlouw 2015, p. 71-90.

art. 80 VWEU, het beginsel van solidariteit, een bindende juridische verplichting binnen de EU is en het stelde Hongarije en Slowakije in het ongelijk.¹⁹⁶ Deze uitspraak heeft hun nakoming van de afspraken tot nu toe echter niet bevorderd.

Het gevolg van het uitblijven van een effectief systeem gebaseerd op solidariteit is dat zich binnen de EU *refugees in orbit* bevinden en dat migratie een conflictueus onderwerp op de Europese politieke agenda is geworden.

5.5 Nieuwe plannen en ontwikkelingen: geen solidariteit

De tweede fase van het GEAS is nog lang niet volledig geïmplementeerd, maar de lidstaten onderhandelen nu over herziening van de Opvangrichtlijn en over voorstellen die de Procedurerichtlijn en Kwalificatierichtlijn omzetten in verordeningen, om een meer uniforme asielprocedure te bewerkstelligen. Uiteraard zal deze doelstelling alleen werken als naleving daadwerkelijk plaatsvindt. Een voordeel van verordeningen boven richtlijnen is dat ze direct werken en dus niet hoeven te worden geïmplementeerd maar het is de vraag of daarmee het probleem van de gebrekkige naleving wordt opgelost en of de verordeningen tot meer uniformiteit zullen leiden. Meer harmonisatie moet overigens ook worden bereikt door meer bindende en minder optionele bepalingen in de verordeningen op te nemen. De oorzaken voor niet-implementatie worden opvallend weinig besproken op het EU-niveau, wellicht omdat ze verband houden met de politiek gevoelige kwestie van de verantwoordelijkheidsverdeling. De Commissie is verschillende inbreukprocedures gestart.¹⁹⁷

De Dublinverordening ligt opnieuw voor herziening op de onderhandelingsstafel.¹⁹⁸ Dat wordt dan dus Dublin IV.¹⁹⁹ Met deze Dublin IV-

196. HvJ EU 6 september 2017, C-643/15 en C-647/15.

197. Blijkens de website van de Commissie hebben twee inbreukprocedures over CEAS het HvJ EU bereikt: Com/Griekenland C-130/08, die is doorgehaald nadat Griekenland de asielwet had aangepast en de zeer recente zaak Com/Hongarije C-808/18. Verder zijn er nog acht inhoudelijke inbreukzaken wegens niet-naleving van CEAS-instrumenten die het stadium van de formele ingebrekestelling (art. 258 VWEU) maar niet het Hof hebben bereikt, waarvan twee tegen Cyprus, drie tegen Italië en procedures tegen Bulgarije, Hongarije en Frankrijk. Vijf van die acht procedures heeft de Commissie intussen beëindigd. De procedure tegen Frankrijk loopt nog en gaat over de opvangrichtlijn. Ook de procedures tegen Bulgarije en één van de procedures tegen Italië bevinden zich nog in de fases voordat het Hof wordt ingeschakeld. https://ec.europa.eu/search/?QueryText=infringement+procedures&op=Search&swlang=en&form_build_id=form-d5NsDhelvJvQEWnMr69Ouq74OhCKHworTwvOkSG67-0&form_id=nexteuropa_europa_search_search_form.

198. Zie COM(2016)270, 4 mei 2016, *Commissievoorstel tot wijziging van Dublin Verordening III*.

199. Zie hierover Kalkan & Franssen 2017, p. 422-437.

verordening is geen wezenlijke wijziging van het systeem van verantwoordelijkheidsverdeling beoogd. Wel is een correctiemechanisme (een systeem van herverdeling op grond van inwoneraantal en BNP) voorzien voor situaties waarin een lidstaat aan de buitengrenzen van de EU onder onevenredige druk komt te staan. Registratie van asielzoekers wordt niet alleen een verplichting voor de lidstaat van binnenkomst, maar er komt ook een positieve prikkel om te registreren omdat het aantal geregistreerde asielzoekers bepalend wordt voor het inwerkingtreden van het correctiemechanisme. Het correctiemechanisme zal automatisch in werking treden als meer dan 150 procent van het referentieaantal wordt overschreden. Het referentieaantal zal aan de hand van een verdeelsleutel voor elke lidstaat afzonderlijk worden bepaald. Om een asielzoeker te dwingen terug te keren naar het eerste land van binnenkomst, komt hij in een andere lidstaat niet in aanmerking voor alle opvangvoorzieningen. Het idee dat lidstaten een discretionaire bevoegdheid hebben om een asielverzoek te behandelen, wordt verlaten. De periode (van achttien maanden, art. 29 lid 2 Dublin III) dat de lidstaat van eerste binnenkomst verantwoordelijk blijft voor de doorgereisde asielzoeker, is in de ontwerpverordening geschrapt, waarmee het land van eerste binnenkomst altijd verantwoordelijk blijft.²⁰⁰ De toets of een asielverzoek als niet-ontvankelijk kan worden afgewezen vanwege de aanwezigheid van een veilig derde land zal voorafgaan aan de toets welke lidstaat verantwoordelijk is. Dit zal vooral gevolgen hebben voor gezinsleden die een vluchteling nareizen (zie over het concept veilige derde landen par. 4.4).

Een andere opvallende wijziging in het voorstel voor de nieuwe Dublinverordening is de benadering om naleving ervan door asielzoekers te bewerkstelligen. Hoewel de Dublinverordening het karakter heeft van instructies aan de lidstaten, is er nu voor gekozen om negatieve prikkels niet langer te richten op de lidstaten (bijvoorbeeld door middel van termijnen), maar op de individuele asielzoekers. Zo stelt de Commissie voor, om doormigratie van statushouders naar andere lidstaten te ontmoedigen, dat een statushouder die onrechtmatig in een andere lidstaat wordt aangetroffen, de periode van vijf jaar die nodig is om in aanmerking te komen voor de EU-verblijfsvergunning voor langdurig ingezetenen op grond van Richtlijn 2003/109, van voren af aan moet gaan opbouwen in het land dat hem een verblijfsstatus heeft verleend.

De voorgenomen prikkels in de ontwerpverordening moeten er haast wel toe leiden dat lidstaten van eerste binnenkomst nog vaker dan nu al het geval is de verantwoordelijkheid krijgen en houden voor het behandelen van asielverzoeken. De lidstaten van eerste binnenkomst zijn over het algemeen juist de lidstaten waar de asielprocedure en de opvang het gebrekkigst zijn geregeld. Het is dus zeer de vraag of Dublin IV zal leiden

200. Art. 30 lid 2 voorstel Dublin IV-verordening (COM(2016)70 final).

tot een eerlijker verdeling van de last en gevreesd moet worden voor meer *refugees in orbit*: asielzoekers die ergens in Europa zwerven zonder aanspraken. De huidige praktijk dat lidstaten niet meewerken aan relocatie geeft niet veel vertrouwen dat dit onder Dublin IV beter zal gaan, bovendien bevat Dublin IV de mogelijkheid voor lidstaten om hun bijdrage aan de opvang te gaan afkopen met een solidariteitscontributie. Er is dus reden voor gerechtvaardigde twijfel of het voor landen van binnenkomst wel aantrekkelijk genoeg zal zijn om alle asielzoekers te gaan registreren. De voorstellen houden ook geen rekening met wensen van asielzoekers zelf. Verblijf in de Zuid-, Centraal- en Oost-Europese lidstaten blijkt weinig aantrekkelijk voor asielzoekers, zodat het in de lijn der verwachting ligt dat ongecontroleerde doormigratie op grote schaal zal blijven plaatsvinden. Het blijft waarschijnlijk dus zowel in het belang van de landen van eerste binnenkomst als van de asielzoekers om niet te registreren.

Het is niet verbazend dat de onderhandelingen over de beoogde Dublin IV-verordening zich in een impasse bevinden.

Het Parlement heeft echter als voorwaarde voor stemming over deze instrumenten gesteld dat het hele GEAS-pakket rond moet zijn, inclusief de gewijzigde Dublinverordening. Het Dublinsysteem blijft dus ook op het wetgevingsniveau de splijtzwam die een geharmoniseerd asielsysteem blokkeert. Nu harmonisatie een voorwaarde is voor een effectief werkend verdelingssysteem, kan deze *catch-22*-situatie lang gaan duren, ondanks de knellende problemen in de rechtspraktijk.

Een andere ontwikkeling binnen de EU verdient nog de aandacht. In augustus 2018 bereikten Duitsland en Griekenland overeenstemming over een *Administrative Arrangement* over asielzoekers uit Griekenland.²⁰¹ De afspraak houdt in dat volwassen asielzoekers die in Griekenland om asiel hebben verzocht (binnenkomst na 1 juli 2017) en die zich melden aan de Oostenrijks-Duitse grens, door Duitsland worden teruggestuurd en door Griekenland zullen worden toegelaten (onbegeleide minderjarigen zijn uitgezonderd van de wedertoelating). In ruil voor overdracht door Griekenland zegt Duitsland een spoedige behandeling toe van verzoeken om gezinshereniging vanuit Griekenland. Het gaat om zo'n 600 gezinsleden per maand en het idee was dat de gezinsherenigingsprocedures dan eind 2018 zouden zijn afgehandeld. Het opmerkelijke hieraan is dat Duitsland volgens de Dublin Verordening al verplicht is om binnen een korte termijn gezinsleden van in Duitsland verblijvende asielzoekers of statushouders over te nemen. De afgelopen jaren hebben de Duitse autoriteiten deze

201. *European Database on Asylum Law* 5 November 2018, 'The Case of the Administrative Arrangement between Greece and Germany: A tale of "para Dublin activity"?'.

procedures bewust vertraagd.²⁰² Uitvoering van deze Unierechtelijke verplichting wordt nu als wederdienst ingezet tegenover een overdracht die nog altijd (vanwege het *M.S.S.*-arrest²⁰³) problematisch is. Spanje heeft soortgelijke afspraken met Griekenland gemaakt. Volgens EDAL, dat ook Spanje vermeldt bij de afspraken met Griekenland, gaat de overeenkomst verder dan een informele niet bindende afspraak in de zin van art. 36 Dublinverordening, omdat er nieuwe bindende regels in staan met een reikwijdte die verder strekt dan de verplichtingen onder de Dublinverordening. Deze merkwaardige ontwikkeling is in strijd met art. 2 lid 2 en 4 lid 3, onder 3 van het VWEU en Protocol 25. Het lijkt in elk geval op een interne deal tussen twee lidstaten binnen de EU in de schaduw van de Dublinverordening. Het is een extra indicatie dat het Dublinsysteem niet werkt en dat lidstaten geneigd zijn de regels te effectueren door de mensenrechtelijke grenzen van het Dublin systeem te overschrijden.

5.6 Asielagentschap van de Europese Unie; een Europese IND?

Medio 2010 werd bij verordening het *European Asylum Support Office* (EASO) opgericht, met als doel de samenwerking binnen de EU op het gebied van asiel en een coherente behandeling van individuele asielverzoeken te bevorderen. Bovendien was het de bedoeling dat EASO de ontwikkeling van solidariteit binnen de EU zou bevorderen om te zorgen voor een betere verdeling van personen met recht op internationale bescherming tussen de lidstaten (preambule no. 7).²⁰⁴ In 2016 werd het omgezet in het *European Union Agency for Asylum* met als extra taken het ondersteunen van asielzoekers in landen met overbelaste asielsystemen en het opsporen van mensensmokkelaars.²⁰⁵

EASO kreeg onder meer als taak om – in het kader van de Turkijedeal – asielzoekers in Griekenland te interviewen in het kader van de asielprocedure en de Griekse IND te adviseren over de beslissingen op de ontvankelijkheid van asielverzoeken. In feite speelt het daardoor een beslissende rol in de Griekse asielprocedure. Naar aanleiding van een klacht van het *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) deed de Europese Ombudsman onderzoek naar het optreden van EASO op de Griekse eilanden in de context van de Turkijedeal.²⁰⁶ De Ombudsman analyseerde ontvankelijkheidsgehoren op de Griekse eilanden en uitte in zijn beslissing van 5 juli 2018 ernstige zorgen over ‘*the quality of the admissibility interviews as well as about the procedural*

202. Zie *Pro Asyl* augustus 2017, ‘The Dublin family reunification procedure from Greece to Germany’.

203. EHRM 21 januari 2011, nr. 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*).

204. Verordening (EU) 439/2010.

205. www.easo.europa.eu/easo-transformation-into-euaa.

206. European Center for Constitutional and Human Rights 2018.

fairness of how they are conducted'.²⁰⁷ De Ombudsman besloot echter dat geen verdere actie nodig was, omdat de EASO-verordening mogelijk binnenkort vernieuwd zou worden en omdat de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de ontvankelijkheidsbeslissingen bij de Griekse autoriteiten ligt.

In het voorstel voor een nieuwe EASO-verordening²⁰⁸ wordt EASO omgevormd tot het Asielagentschap van de EU met als belangrijkste doel meer harmonisatie van de asielsystemen van de lidstaten. Het voorstel houdt een versterking in van het Agentschap. Het krijgt meer bevoegdheden op het terrein van het monitoren van de asielsystemen van de lidstaten en het toezien op de naleving van het CEAS. Het moet een expertisecentrum worden en lidstaten zijn verplicht om het Agentschap informatie te verstrekken. Verder zal het operationele en technische ondersteuning gaan bieden aan lidstaten met name in periodes van extreme druk op de lidstaten. Maar de asielprocedure blijft een kwestie van soevereiniteit, de nationale autoriteiten houden de complete zeggenschap. Het nieuwe Agentschap krijgt geen beslissingsmacht.²⁰⁹

Of deze omvorming van EASO daadwerkelijk tot meer harmonisatie en een betere naleving van het GEAS zal leiden, valt te betwijfelen. Daarvoor is waarschijnlijk meer nodig, bijvoorbeeld een verdere ontwikkeling van het Agentschap tot een soort Europese IND met beslissingsmacht en één uniforme Europese asielprocedure.²¹⁰ Den Heijer c.s. zien daarin wel mogelijkheden en wijzen erop dat het Agentschap een Europese instelling is zodat beroep tegen beslissingen van EASO in dat geval zou moeten worden ingesteld bij het Gerecht in Luxemburg.²¹¹ Er zou ook een systeem opgezet kunnen worden waarbij delegaties van het Agentschap werkzaam zouden zijn binnen bepaalde lidstaten van wie de beslissingen onder nationaal rechterlijk toezicht staan. Volgens de auteurs lijkt de ontwikkeling van de *hotspots* (centra in Griekenland en Italië waar asielverzoeken worden beoordeeld, waarna herverdeling zou kunnen plaatsvinden) in die richting te gaan. Dit lijkt volgens hen haalbaarder dan de federalisering van het Europese asielsysteem. Voor dat laatste lijkt de tijd inderdaad niet rijp, gezien het toenemend tamboereren op nationale soevereiniteit.

207. European Ombudsman 5 July 2018, Decision in Case 735/2017/MDC on the European Asylum Support Office's' (EASO) involvement in the decision-making process concerning admissibility of applications for international protection submitted in the Greek Hotspots, in particular shortcomings in admissibility interviews.

208. COM(2016)271 final, 4 mei 2016, *Voorstel voor een verordening van het EP en de Raad inzake het Asielagentschap van de Europese Unie en tot intrekking van Verordening (EU) 439/2010*.

209. Vgl. Meijers Committee 2016, p. 7 e.v.

210. Zie over EASO, Den Heijer, Rijpma & Spijkerboer 2016.

211. Den Heijer, Rijpma & Spijkerboer 2016, p. 29/30 e.v.

5.7 Onevenwichtige interne verantwoordelijkheidsverdeling

Het Dublinsysteem van verantwoordelijkheidsverdeling binnen de EU is niet op het beginsel van solidariteit en op verkeerde premissen gebaseerd. Er is geen volledige harmonisatie van de asielsystemen in Europa en zelfs als die zou worden bereikt, zijn er andere redenen voor asielzoekers om de voorkeur te hebben voor bepaalde lidstaten, zoals welvaart, werkgelegenheid, aanwezigheid van familieleden of landgenoten, opleidingsmogelijkheden, gezondheidszorg. Het is te verwachten dat onder Dublin IV de verantwoordelijkheid nog eenzijdiger en voor nog langere tijd zal worden gelegd bij het land van eerste binnenkomst. Dit vergroot het risico dat in een aantal gevallen geen enkele lidstaat de verantwoordelijkheid neemt of dat deze in sommige gevallen wordt afgekocht.

Ervan uitgaande dat asielzoekers Europa zullen blijven bereiken, is de vraag: wat kan wel? Het ene voorstel volgt het andere op. In grote lijnen kan worden gekozen voor minder of meer EU.

Als lidstaten als Hongarije, Polen en Oostenrijk zich tegen verplichtingen op het terrein van migratie blijven verzetten en lidstaten zoals Hongarije en Slowakije eraan blijven vasthouden dat ze alleen christelijke asielzoekers willen opnemen, moet misschien worden gekozen voor de EU van meerdere snelheden.²¹² Dat is terug naar af en het heeft zeker niet de voorkeur maar het kan noodzakelijk zijn om de solidariteit tussen de lidstaten die daartoe wel bereid zijn, overeind te houden. Ook in dit geval moeten knopen worden doorgehakt over vragen als: wat is solidair, wat is een gelijke of eerlijke verdeling, in hoeverre kan rekening worden gehouden met de wensen van de asielzoeker en met de behoeften van de arbeidsmarkt van verschillende lidstaten, hoe wordt voorkomen dat een selectie op nationaliteit en religie plaatsvindt tussen de lidstaten? Als het wel zou lukken om alle lidstaten binnenboord te houden, zijn er meerdere scenario's denkbaar. Allereerst zijn er verschillende gradaties mogelijk van geharmoniseerde uitvoering van het asielbeleid. Er kan gekozen worden voor nationale beoordeling van asielverzoeken met intensieve participatie van EU-ambtenaren van EASO, of er kan worden gekozen voor het overhevelen van de competentie om asielverzoeken te beoordelen naar het EU-niveau. Bij deze laatste optie zullen alle consequenties moeten worden doordacht, zoals de competentie van het EU Hof of Gerecht (misschien alleen in tweede instantie, na een nationale rechtsgang) en de organisatie van rechtsbijstand. Deze optie lijkt voorlopig niet haalbaar

212. De facto is daar al sprake van. Neem de euro. Ook wat betreft het Gemeenschappelijk Veiligheids- en defensiebeleid trekken niet alle lidstaten met dezelfde snelheid op. En ook in het GEAS gelden al twee snelheden. Denemarken is niet gebonden aan EU-regels op het punt van asiel en Ierland en het Verenigd Koninkrijk kunnen kiezen of ze meedoen.

vanwege de grote praktische problemen die eraan zijn verbonden en het gebrek aan draagvlak voor zo'n verregaande overheveling van bevoegdheden aan de EU.²¹³

Ook voor een meer evenredige verdeling van het aantal asielverzoeken bestaan minimaal twee opties. In de eerste plaats kan worden gedacht aan een verdeling van asielzoekers over de lidstaten die vervolgens de asielverzoeken behandelen conform de EU-regelgeving. Dit verdelingsstelsel heeft de Commissie bepleit maar niet formeel voorgesteld wegens gebrek aan draagvlak bij de lidstaten. Het tweede scenario betreft een overheveling van bevoegdheden aan de EU. In dat geval zou een Europese IND de asielverzoeken aan de buitengrens behandelen, waarna statushouders worden verdeeld over de lidstaten volgens een overeengekomen verdeelsleutel. Beide scenario's vereisen verdere harmonisatie van het EU-asielbeleid, hetzij door implementatie van de asielrichtlijnen hetzij door rechtstreeks werkende verordeningen. In beide gevallen zal daarnaast intensief toezicht door de Europese Commissie nodig zijn en moeten inbreukprocedures worden gevoerd en prejudiciële vragen door nationale rechters worden gesteld om rechtseenheid te bevorderen.

Gelet op de nog altijd bestaande grote verschillen in rechtssystemen binnen de EU en de afhankelijkheid van nationale politieke wil, is de kans op betere verdelingsafspraken en meer harmonisatie echter niet groot. De aanwijzingen voor hernieuwde nadruk op de nationale soevereiniteit (denk aan het afsluiten van binnengrenzen) zijn momenteel aanmerkelijk groter dan de wil tot een gezamenlijke aanpak en een gedeelde verantwoordelijkheid voor de asielzoekers in de EU.

6. Conclusies en stellingen

6.1 Naar een rechtvaardige verantwoordelijkheidsverdeling?

Zowel wereldwijd als op Europees niveau beroepen staten zich – als het gaat om de verantwoordelijkheid van vluchtelingen – in toenemende mate op hun soevereiniteit met betrekking tot toelating tot het eigen territorium. Welvarende landen van bestemming proberen hun verantwoordelijkheid voor vluchtelingen zoveel mogelijk te beperken. Dit maakt vluchtelingen, nog meer dan al het geval was, afhankelijk van opvang in de directe omgeving van hun herkomstland en van reisagenten en andere tussenpersonen. Zij ondervinden ook meer problemen bij het daadwerkelijk ontvluchten van hun herkomstlanden. We signaleerden de volgende knelpunten.

In de eerste plaats is er onvoldoende ambitie om tot een goede verantwoordelijkheidsverdeling te komen. Als er al een gemeenschappelijk

213. Guild et al. 2015.

belang wordt gezien, is dat het belang van geïndustrialiseerde landen om zo min mogelijk vluchtelingen toe te laten en zo hun sociale stelsels te beschermen.²¹⁴ In enkele landen zoals Duitsland, Zweden en Japan gaat deze restrictieve ontwikkeling opvallend genoeg gepaard met het inzicht dat de komst van migranten ook een noodzakelijk antwoord vormt op tekorten op de arbeidsmarkt en demografische ontwikkelingen.

In de tweede plaats zijn de mogelijkheden voor een fysieke verdeling van de vluchtelingen over alle landen mondiaal vanwege de organisatorische en praktische implicaties beperkt, nog los van de vraag of staten en vluchtelingen bereid zijn hieraan mee te werken. Dit betekent dat buurlanden van conflictregio's in beginsel altijd met de grootste opdracht tot bescherming en opvang worden geconfronteerd. Een evenredige verdeling van de verantwoordelijkheid zal daarom steeds moeten worden gezocht in een combinatie van fysieke verdeling en financiële ondersteuning.

In de derde plaats zijn veel maatregelen gebaseerd op het uitgangspunt van tijdelijkheid, terwijl bescherming in de praktijk vaak langdurig nodig is of zelfs een permanent karakter krijgt. Terugkeer, bijvoorbeeld naar een kapotgeschoten land, blijkt vaak weerbarstig.

Ten slotte vormt respect voor mensenrechten niet vanzelfsprekend het leidende beginsel in de samenwerking tussen landen omtrent vluchtelingen en migranten. Ook in zijn algemeenheid heeft de politisering van het vluchtelingenvraagstuk de rol van het recht, en daarmee ook een rationele en internationaalrechtelijke benadering, ondergeschikt gemaakt.

Oplossingen vereisen bindende afspraken op internationaal niveau. De Global Compacts laten zien dat het maken van afspraken over migratie en vluchtelingen (nog steeds) wel degelijk tot de mogelijkheden behoort, maar verdergaande verplichtingen zijn moeilijk te realiseren. Toch is de wereld te klein om het vluchtelingenprobleem geïsoleerd en territoriaal aan te pakken. Onderlinge solidariteit, gebaseerd op een gezamenlijke verantwoordelijkheid voor vluchtelingen, is nodig. Over het algemeen wordt het Vluchtelingenverdrag echter niet conform het doel van gezamenlijke verantwoordelijkheid uitgelegd. Er is in elk geval geen consensus over het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid van een staat voor bescherming van vluchtelingen ook vluchtelingen kan betreffen die zich niet op zijn territorium of onder zijn jurisdictie bevinden.

Hoewel op EU-niveau met het GEAS veel is bereikt en vergelijkbare afspraken op wereldniveau zouden zijn toe te juichen, is het Dublin-systeem niet bruikbaar als voorbeeldmodel voor een wereldwijde manier om de verantwoordelijkheid te verdelen. Immers, zelfs in dit samenwerkingsverband – met gemeenschappelijke asielnormen en procedures, met een systeem van afdwingbaarheid en een gemeenschappelijk belang

214. Vgl. Scheffer 2018, p. 111.

om binnengrenscontroles achterwege te laten en buitengrenscontroles effectief te laten zijn – worden interstatelijk vertrouwen en solidariteit niet bereikt. Op wereldwijd niveau zijn er nog veel grotere verschillen in beschermingsniveau en hebben landen nog minder belang en redenen om elkaar te steunen en vertrouwen. Ook ontbreekt het op mondiaal niveau, in tegenstelling tot het EU-rechtsregime, aan een effectief systeem van toezicht en rechtspraak.

Het is niet alleen nodig dat staten verantwoordelijkheid nemen en rechtvaardig verdelen, maar ook dat verantwoordelijkheid rechtens afdwingbaar wordt. Daarvoor is zowel supranationaal toezicht nodig, als een mogelijkheid voor vluchtelingen om staten te kunnen aanklagen wegens handelen of nalaten. Voordat we tot beantwoording van de vraag komen welke rol het recht kan spelen bij het realiseren van deze mogelijkheden, gaan we na welke morele en politieke uitgangspunten daarbij (zouden moeten) gelden.

De moraal

Het Vluchtelingenverdrag verplicht de ondertekenende staten niet alleen tot *non-refoulement*, het bevat ook verplichtingen die vluchtelingen de mogelijkheid moeten bieden om een nieuw bestaan op te bouwen. Het verdrag geeft daarmee uiting aan de gedachte dat iedereen ergens op de wereld een plaats moet kunnen vinden waar hij veilig is en een toekomst kan opbouwen.²¹⁵ Een morele verantwoordelijkheid op het *individuele* niveau is te baseren op het beginsel van wederkerigheid. De geschiedenis leert ons dat niemand is gevrijwaard van het risico om vluchteling te worden. Iedereen hoopt in die situatie opgevangen en beschermd te worden. Maar waarom zouden *staten* verantwoordelijk zijn voor vreemden? Zijn ze niet in de eerste plaats verantwoordelijk voor hun eigen burgers, voor het overeind houden van het nationale stelsel van sociale zekerheid en voldoende werkgelegenheid? Zijn staten ook verantwoordelijk voor situaties waaraan ze geen schuld dragen maar die ze wel in stand houden?²¹⁶ Zou er bij het ontbreken van juridische verantwoordelijkheid nog steeds een morele verantwoordelijkheid voor vluchtelingen bestaan?

Door de eeuwen heen hebben vele filosofen, rechtsgeleerden en politici zich het hoofd gebroken over de vraag wat rechtvaardig is. Een van de meest invloedrijke filosofen die zich daarmee heeft bezig gehouden, is Rawls. Volgens hem zijn die beslissingen rechtvaardig die we zouden nemen onder de sluier van onwetendheid.²¹⁷ Beslissingen die we zouden nemen als we niet wisten of we arm of rijk, intelligent of dom, in

215. Ontleend aan Terlouw 2012.

216. Volgens De Waal 2017 blijven we verantwoordelijk voor vluchtelingen zolang we de vluchtoorzaken niet in voldoende mate aanpakken.

217. Rawls 1971.

Nederland of elders, recht van lijf en leden of met een lichamelijke beperking zijn geboren. Zou het asielbeleid in dezelfde termen worden vormgegeven als de regeringsleiders zich onder de sluier van onwetendheid bevonden en bij het maken van de regels niet wisten of zij in Afrika of West-Europa zouden worden geboren? Onder die sluier moeten we ons ook afvragen wat de rechtvaardiging zou zijn voor een grotere belasting van buurlanden van een conflictgebied. Wat is het legitieme argument voor het bepleiten van een exclusief systeem van 'opvang in de regio'? Heeft een land een grotere verantwoordelijkheid voor vluchtelingen uit zijn buurland dan uit een verder verwijderd land en zo ja, waarom? In de rechtsfilosofische literatuur kunnen twee perspectieven worden onderscheiden op de vraag welke staat verantwoordelijk is als de plaats waar de asielzoeker zich bevindt een andere is dan die waar hij zijn asielverzoek heeft (getracht) in te dienen.²¹⁸ Het communautaire perspectief, van onder meer Walzer en Miller houdt in dat staten met name verplicht zijn om de instandhouding van de bestaande samenleving op het grondgebied van de staat te waarborgen.²¹⁹ Als teveel vreemdelingen binnenkomen zou de bestaande samenleving zijn groepsdynamiek kunnen verliezen. Daaraan ontnemen staten het recht op controle over wie het grondgebied binnenkomt. Hiertegenover staat het kosmopolitische perspectief van met name Carens en Owen dat inhoudt dat het beschermen van vluchtelingen een mondiale verantwoordelijkheid is van alle staten gezamenlijk.²²⁰ Owen baseert dit op het idee dat het vluchtelingenrecht, in het bijzonder het verbod van *refoulement* nu juist een uitzondering vormt op het beginsel van territoriale jurisdictie en de daarop gebaseerde norm dat staten soeverein zijn als het gaat om de toelating en uitzetting van vreemdelingen.

Wij menen dat de argumentatie voor nabijheidsverantwoordelijkheid van in het bijzonder Walzer, als het om vluchtelingen gaat aan kracht heeft ingeboet door digitalisering en andere ontwikkelingen die maken dat de hele wereld tegenwoordig vrijwel gelijktijdig op de hoogte kan zijn van de beweegredenen en noden van vluchtelingen. Vanuit moreel gezichtspunt menen wij dat capaciteit een factor is die een rol moet spelen bij de beantwoording van de vraag welke staten verantwoordelijkheid voor vluchtelingen dragen. Van iemand die niet kan zwemmen kan niet worden gevergd dat hij het water springt om een drenkeling te redden. Volgens dezelfde redenering kan worden betoogd dat als buurlanden van conflictregio's niet in staat zijn om vluchtelingen adequaat te beschermen, de verantwoordelijkheid van landen met meer capaciteit vanzelf groter wordt.

218. De beschrijving van de twee perspectieven en de verwijzingen zijn ontleend aan Dickson 2019 (verwacht).

219. Walzer 1983, p. 51; Miller 2016, p. 83.

220. Carens 2013, p. 206; Owen 2016, p. 280.

Nussbaum en Sen benaderen de vraag naar rechtvaardigheid vanuit de zogenoemde *capabilities approach*.²²¹ Iedereen moet zich in hun ogen kunnen ontplooien: de hoeveelheid ruimte die iemand krijgt toebedeeld voor zelfontplooiing en realisatie van zijn verlangens, plannen, idealen is volgens hen bepalend voor of de verdeling al of niet rechtvaardig is. Om het iedereen mogelijk te maken om keuzes te maken en te functioneren op de terreinen van die *human capabilities*, zijn bepaalde sociale en economische voorwaarden nodig, en een inspanning van de regering (positieve verplichtingen zouden juristen zeggen). De benaderingen van Rawls, Nussbaum en Sen brengen ons tot het uitgangspunt dat vluchtelingen altijd in staat moeten worden gesteld, waar ook ter wereld, om hun *human capabilities* te ontwikkelen benutten. Dit beginsel mag op morele gronden niet worden geofferd als gevolg van de politiek om vluchtelingen buiten het eigen territorium te houden. ‘Ontplooiingsmogelijkheden’ is weliswaar geen juridische term, maar feitelijk voorziet het Vluchtelingenverdrag, naast het gebod van *non-refoulement*, in de positieve verplichting om vluchtelingen de mogelijkheid te bieden hun *human capabilities* te ontwikkelen en benutten. Dit betekent dat afspraken over *non-refoulement* nodig maar onvoldoende zijn. Ook de andere rechten van het Vluchtelingenverdrag dienen te worden gerespecteerd.

De politiek

Verantwoordelijkheid voor vluchtelingen die verder reikt dan de territoriale of personele jurisdictie van een staat vergt de bereidheid van regeringsleiders om verplichtingen jegens vluchtelingen op mondiaal niveau vast te leggen. De ruimte voor rechters om staten verantwoordelijk te houden, is immers beperkt. Zij zijn grotendeels afhankelijk van wat er op politiek niveau is afgesproken. Treden zij te ver daarbuiten, dan verliezen zij hun legitimiteit. Uitgangspunt bij het zoeken naar oplossingen zou daarom moeten zijn dat rechters zich bij het bepalen van medeverantwoordelijkheid voor vluchtelingen die zich buiten het grondgebied van een land bevinden, kunnen baseren op juridisch afdwingbare afspraken.

Het proces naar het *Global Compact on Refugees* kan worden gezien als een poging daartoe, omdat daaruit de ambitie spreekt om de druk op landen van opvang en transit te verlichten door de onderlinge solidariteit wereldwijd te versterken. Volgens Turk, *Assistant High Commissioner for Protection* van de UNHCR, betekent het Global Compact niet minder dan ‘*a sea change in how the world engages with refugees and host communities*’. Maar de zwakte van het huidige systeem, namelijk het ontbreken van juridisch afdwingbare internationale verplichtingen ten aanzien van het bieden van financiële steun, hervestiging en gezinshereniging, zal het Compact niet weten te repareren. Alle vormen van steun en legale over-

221. Nussbaum 2006; Sen 2009.

komst blijven afhankelijk van de politieke keuze van een land. De grootste slachtoffers van gebrek aan solidariteit, zijn niet de landen van opvang maar de vluchtelingen die er verblijven. Immers, als landen van opvang de verantwoordelijkheid voor vluchtelingen onvoldoende kunnen delen, zullen zij vluchtelingen slechts gebrekkig opvangen en beschermen (denk aan Bangladesh), hun grenzen sluiten (denk aan Turkije, Jordanië en Libanon ten aanzien van Syrië), vluchtelingen deporteren zonder duurzame oplossing (Pakistan) of op andere wijze hun mensenrechten schenden (Libië). Dit betekent dat er meer politiek draagvlak moet worden gevonden voor gezamenlijke verantwoordelijkheid voor vluchtelingen. Omdat het *Global Compact on Refugees* op dit moment waarschijnlijk de maximaal haalbare afspraken bevat, is het belangrijk te investeren in een effectief en transparant systeem van implementatie, monitoring en naleving.

Uiteindelijk zijn wereldwijde verdergaande afspraken nodig in elk geval voor de financiering van de opvang. Dit kan een drempel verlagen om adequate opvang en bescherming te organiseren, maar ook een prikkel wegnemen om vluchtelingen buiten hun grondgebied te houden. Een internationaal fonds waaraan staten naar rato van hun capaciteit bijdragen, zou de kosten voor opvang en bescherming van vluchtelingen evenredig verdelen. Financiële steun uit het fonds mag niet afhankelijk worden gemaakt van medewerking aan grensbewaking of het overnemen van migranten. Wel zou de ontwikkeling van een opvangsystemen kunnen worden gestimuleerd met positieve prikkels zoals handelsvoordelen en het faciliteren van visa of arbeidsmigratie voor eigen burgers.

Financiële steun alleen is echter niet afdoende, omdat er ook fysieke grenzen zijn aan de opvangcapaciteit van een land. Daarom zouden landen zich ook moeten verplichten tot een zeker percentage te hervestigen vluchtelingen. UNHCR becijfert dat ongeveer tien procent van de vluchtelingen in de regio zo kwetsbaar is dat de opvang ter plekke onvoldoende bescherming biedt. Die tien procent zou via deze hervestigingsquota kunnen worden verdeeld over de wereld. UNHCR waarschuwt al decennia op de negatieve gevolgen van het ontbreken van een multilateraal verantwoordelijkheids-verdelingsmechanisme, met name in combinatie met de toenemende praktijk dat vluchtelingen worden teruggestuurd naar een 'veilig derde land'. Dit vergroot volgens de organisatie het al bestaande risico van overbelasting van buurlanden van conflictregio's.²²²

Het uitgangspunt van gezamenlijke verantwoordelijkheid geldt eveneens voor het waarborgen van mensenrechten van vluchtelingen waar ook ter wereld. Landen en supranationale organisaties zoals de EU zouden slechts afspraken moeten maken over grenscontroles en overname van migranten met landen die de rechten van het Vluchtelingenverdrag en de relevante normen van

222. UNHCR July 1996, 'Considerations on the "safe third country" concept', p. 6.

andere mensenrechtenverdragen, zoals het AFV en het IVRK en op Europees niveau het EHRM en het Grondrechtenhandvest, garanderen. Afspraken over migratie met derde landen, ongeacht de juridische status ervan, zouden moeten worden onderworpen aan mensenrechten *impact assessments* voordat ze in werking kunnen treden. Een effectief monitoringssysteem moet ervoor zorgen dat structurele tekortkomingen leiden tot aanpassing of opschorting van de samenwerkingsafspraken. Het juridisch toetsingskader voor onderzoek, monitoring en evaluaties is dan gebaseerd op de mensenrechtelijke standaarden die als voorwaarde voor samenwerking gelden.

Daarmee zijn we aanbeland bij het recht.

Het recht

Het internationale recht biedt naar onze mening houvast om het vluchtelingenrecht beter afdwingbaar te maken. Belangrijke pijlers daarvoor zijn de erkenning van *non-refoulement* als een norm van het internationale gewoonterecht en de consequenties van het effectiviteitsbeginsel ten aanzien van het Vluchtelingenverdrag. In hoofdstuk 2 zagen we dat een staat wel degelijk aansprakelijk kan zijn voor schade berokkend aan vluchtelingen die zich buiten hun territoriale of personele jurisdictie bevinden, als het handelen of nalaten van die staat een *wrongful act* tot gevolg heeft of als hij daaraan heeft bijgedragen of andere staten daartoe heeft aangezet (medeplichtigheid). Dit is met name het geval bij een (indirecte) schending van het verbod van *refoulement*. Staten kunnen elkaar daarvoor aansprakelijk stellen bij het Internationaal Gerechtshof. Tot nu toe hebben staten echter nooit gebruikgemaakt van de mogelijkheid van art. 38 van het Vluchtelingenverdrag om elkaar aan te spreken op hun verplichtingen. De bereidheid daartoe zal waarschijnlijk alleen toenemen bij meer transparantie over de (wan)prestatie van staten (*namings and shaming*) en als niet-naleving (financiële) consequenties heeft.

Voor een effectieve toepassing van het interstatelijke aansprakelijkheidsregime, zouden juristen het concept ‘gedeelde verantwoordelijkheid’ en de criteria voor causaliteit verder moeten uitwerken. Dit zou ook vluchtelingen helpen bij het aansprakelijk stellen van staten via het nationale recht. En het is ook nodig om het recht gelijke tred te laten houden met de externalisering van het vluchtelingenbeleid.

Pleidooien voor wijziging van het Vluchtelingenverdrag zijn doorgaans ingegeven door de wens om de reikwijdte van het verdrag in te perken. Naar ons idee hoeft het verdrag niet zozeer aanpassing, maar moet het vooral effectief en volledig worden toegepast. Dat betekent dat het niet wordt gereduceerd tot het beginsel van *non-refoulement*. Van staten vergt dit dat zij ook de andere rechten van het Vluchtelingenverdrag waarborgen, ook als ze hun grenscontroles en asielprocedures aan andere landen of aan internationale organisaties overlaten. Het ontbreekt echter

aan effectieve methoden om staten tot naleving te dwingen. Waar bij andere mensenrechtenverdragen de naleving kan worden bevorderd via onafhankelijk toezicht en individueel klachtrecht, voorziet het Vluchtelingenverdrag slechts in de mogelijkheid van staten om elkaar aan te spreken. Maar zoals hierboven opgemerkt, is hun bereidheid daartoe niet groot gebleken. Dit vraagt om aanvullende mechanismes die het mensenrechtelijke karakter van het Vluchtelingenverdrag meer recht zou doen. Dat zou niet alleen de naleving maar ook een gemeenschappelijke interpretatie van het verdrag bevorderen.

De officiële toezichthouder op het Vluchtelingenverdrag is UNHCR. UNHCR kan de rol van toezichthouder op het Vluchtelingenverdrag echter moeilijk waarmaken omdat het tegelijkertijd en in toenemende mate de rol van operationele humanitaire organisatie vervult. Mede gelet op zijn afhankelijkheid van ondersteuning en medewerking van staten, heeft UNHCR ook weinig mogelijkheden om staten verantwoordelijk te houden.²²³ Om de taakvervulling van UNHCR niet in gevaar te brengen en om een toereikend toezicht op de naleving van het Vluchtelingenverdrag te garanderen, dient een andere instantie met het toezicht te worden belast.²²⁴

Dat een individueel klachtrecht bij het Vluchtelingenverdrag ontbreekt, is eigenlijk merkwaardig, omdat het Vluchtelingenverdrag zowel plichten voor staten als rechten voor vluchtelingen heeft gecreëerd. Dat individueel klachtrecht zou bij voorkeur gevestigd moeten worden bij het in te stellen toezichthoudend orgaan, zoals dat ook het geval is bij andere mensenrechtenverdragen.²²⁵ Indien en zolang dit niet is gerealiseerd, kan meer worden ingezet op procedures bij de bestaande Comité's ten aanzien van onderwerpen die ook vluchtelingen raken zoals de *non-refoulement*-bepalingen, toegang tot het recht en sociale rechten. Daarvoor zullen advocaten in verschillende landen zich moeten verenigen en vluchtelingen ondersteunen bij de uitoefening van dit klachtenrecht. Daarnaast zou UNHCR advocaten kunnen ondersteunen bij nationale en internationale rechtszaken, met name in transitlanden waar vluchtelingen hun rechten niet kunnen uitoefenen. UNHCR heeft daartoe de bevoegdheid ingevolge art. 8 (sub d, h en i) van het Statuut.²²⁶

Tot slot

Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat het aantal mensen met behoefte aan bescherming de komende tijd zal afnemen. In tegendeel: de

223. O'Byrne 2013, p. 330-359; Bruin 2016, p.155-166.

224. Volgens O'Byrne 2013, p. 332, is het Vluchtelingenverdrag '*one of the only two human rights treaties without a system of independent international oversight*'.

225. Denk aan het Mensenrechtencomité, het Comité tegen Foltering, het Comité tegen discriminatie van vrouwen en het Comité tegen rassendiscriminatie.

226. UNHCR, Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 14 December 1950.

wereld is instabiel, er is een toenemend verschil tussen arm en rijk en het aantal totalitaire staten blijft onverminderd groot. Daarnaast kunnen we in de toekomst een groot aantal mensen verwachten die ontheemd raken door klimaatverandering.²²⁷ Het centraal stellen van migratie in de samenwerking met landen van herkomst en transit leidt nauwelijks tot minder irreguliere migratie, maar wel tot minder evenredigheid in de verdeling en tot minder coherentie in het buitenlandbeleid. Voorrang geven aan de wens om migranten tegen te houden of terug te sturen boven andere doelen, zoals duurzame ontwikkeling en versterking van mensenrechten en *good governance*, kan zelfs corrupte en dictatoriale leiders steviger in het zadel houden en daarmee juist tot meer vluchtsituaties leiden. Het afwentelen van de verantwoordelijkheid brengt bovendien een kettingreactie aan afschuiven teweeg, die het mensen uiteindelijk zelfs moeilijk maakt hun land te ontvluchten.

Terugtrekken op het eigen territorium is geen optie. Het vluchtelingenprobleem is grensoverschrijdend en oplossingen kunnen alleen worden gevonden door liefst wereldwijde maar ook regionale afdwingbare afspraken, waarbij iedere staat de verantwoordelijkheid neemt die hij aankan. Het recht is onmisbaar en misschien zelfs het allerbelangrijkste instrument dat de mensheid heeft om grensoverschrijdende problemen het hoofd te bieden. Uit deze conclusies vloeien de volgende stellingen voort:

6.2 Stellingen

1. Ook buiten situaties van territoriale en personele jurisdictie dragen staten juridische verantwoordelijkheid voor de bescherming van vluchtelingen.
2. Op mondiaal niveau zijn juridisch afdwingbare afspraken nodig over verantwoordelijkheidsverdeling voor en hervestiging van vluchtelingen, gebaseerd op een eerlijke lastenverdeling.
3. De *ILC Articles on State Responsibility* en de *Principles of Shared Responsibility* zijn richtinggevend voor het vaststellen van staatsaansprakelijkheid bij schendingen van het Vluchtelingenverdrag.
4. Om naleving van het *Global Compact on Refugees* over de ondersteuning en verdeling van verantwoordelijkheid voor vluchtelingen te waarborgen, moet de VN voorzien in een toezichtmechanisme met periodieke transparante evaluaties.

227. Internal Displacement Monitoring Centre's (IDMC) 2015: 'Since 2008, an average of 26.4 million people per year have been displaced from their homes by disasters brought on by natural hazards. This is equivalent to one person being displaced every second'.

5. Vluchtelingen moeten een individueel klachtrecht bij een internationaal toezichthoudend orgaan krijgen om schending van het Vluchtelingenverdrag aan de orde te kunnen stellen.
6. Er moet een mondiaal fonds worden ingesteld voor de opvang en bescherming van vluchtelingen, waaraan alle landen naar rato bijdragen.
7. Internationale afspraken over migratie, zoals grensbewaking en terug-en overname, mogen alleen worden gemaakt met landen die het Vluchtelingenverdrag en de relevante normen van andere mensenrechtenverdragen naleven.

7. Literatuur

Aleinikoff & Martin 2018

T. A. Aleinikoff & S. Martin, *Policy brief – Making the Global Compacts Work: What future for refugees and migrants*, Sydney: Zolberg Institute on migration and mobility 2018.

Allain 2002

J. Allain, 'The Jus Cogens Nature of Non-refoulement', *International Journal of Refugee Law* (13), 2002, p. 533-558.

Alston 1982

P. Alston, 'A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?', *Netherlands International Law Review* (29) 1982, p. 307-322.

Amnesty International 2018

Amnesty International, *Opgesloten en uitgezet. Venezolanen krijgen geen bescherming op Curaçao*, Londen: Amnesty International 2018.

Amnesty International 2018-2

Amnesty International, *Report on Bangladesh, The State of the World's Human Rights*, Londen: Amnesty International 2018.

Amnesty International 2017-1

Amnesty International, *A Blueprint for Despair: Human Rights Impact of the EU-Turkey Deal*, Londen: Amnesty International 2017.

Amnesty International 2017-2

Amnesty International, *Libya's Dark Web of Collusion. Abuses Against Europe-bound refugees and Migrants*, London: Amnesty International 2017.

Amnesty International 2016

Amnesty International, *Island of Despair: Australia's 'processing of refugees on Nauru*, London: Amnesty International 2016.

Amnesty International 2014

Amnesty International, *The Human Cost of Fortress Europe. Human Rights Violations Against Migrants and Refugees at Europe's Borders*, London: Amnesty International 2014.

Andersson 2014

R. Andersson, *Illegality, Inc.: Clandestine Migration and the Business of Bordering Europe* (California Series in Public Anthropology), Oakland: University of California Press 2014.

D'Argent & Kuritzky 2017

P. D'Argent & M. Kuritzky, 'Refoulement by Proxy? The Mediterranean Migrant Crisis and the Training of Libyan Coast Guards by EUNAVFOR MED Operation Sophia', *Israel Yearbook on Human Rights* (47) 2017, p. 233-264.

Artsen zonder grenzen 2013

Artsen zonder grenzen, *Violence, Vulnerability and Migration: Trapped at the Gates of Europe. A report on the situation of sub-Saharan migrants in an irregular situation in Morocco*, Barcelona: Artsen zonder grenzen 2013.

Battjes 2018

H. Battjes, 'Kroniek Dublin', *A&MR* 2018, afl. 2, p. 75-81.

Battjes 2006

H. Battjes, *European Asylum Law And International Law*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

Boisson de Chazournes 2010

L. Boisson de Chazournes, 'Responsibility to Protect: Reflecting Solidarity?', in: R. Wolfrum & C. Kojima (red.), *Solidarity: a Structural Principle of International Law*, Heidelberg: Springer Verlag 2010, p. 93-122.

Bovens 2007

M. Bovens, 'Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework', *European Law Journal* (4) 2007, afl. 13, p. 447-450.

Bruin 2016

R. Bruin 'UNHCR, uitvoerder en toezichthouder', in: Bosma, van Leeuwen & van Loon, *Graag nog even bespreken. Liber amicorum Henk Lubberdink*, Raad van State 2016, p. 155-166.

Bruin, Kok & Terlouw 2015

R. Bruin, S.G. Kok & A.B. Terlouw, 'Dublin: Blind interstatelijk vertrouwen is een fictie. Over inwilligingspercentages en overdrachten', *WODC Justitiële verkenningen* (Vluchtelingen in Europa) 2015/41, afl. 3, p. 71-90.

Carens 2013

J. Carens, *The Ethics of Immigration*, Oxford: Oxford University Press 2013.

Carling 2007

J. Carling, 'Migration Control and Migrant Fatalities at the Spanish-African Borders', *International Migration Review* (41) 2007, afl. 2, p. 316-343.

Caron 2002

D. Caron, 'The Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority', *The American Journal of International Law* (96) 2002, afl. 4, p. 857-873.

Carrera et al. 2018

S. Carrera et al., *Offshoring Asylum and Migration in Australia, Spain, Tunisia and the US. Lessons Learned and feasibility for the EU*, Brussels: Open Society European Policy Institute (CEPS) 2018.

Costello & Foster 2015

C. Costello & M. Foster, 'Non-refoulement as Custom and Jus Cogens? Putting the Prohibition to the Test', in: M. den Heijer and H. van der Wilt (red.), *Netherlands Yearbook of International Law* (46), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2015, p. 273-327.

Crawford 2012

J. Crawford, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, United Nations 2012.

Crawford 2013

J. Crawford, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press 2013.

Dickson 2019 (forthcoming)

M.J. Dickson, 'No Limits? Ethical Responsibility for *Non-Refoulement* in an Extraterritorial Context' (forthcoming).

European Center for Constitutional and Human Rights 2018

European Center for Constitutional and Human Rights, *Case Report – EASO's Involvement in Greek Hotspots Exceeds the Agency's Competence and Disregards Fundamental Rights*, Berlin: ECCHR 2018.

Explanatory Note 2017

Explanatory Note on the Final Conclusions of the Experts Initiative on the Global Compact on Refugees, New York: The Zolberg Institute on Migration and Mobility 2017.

Ferrer-Gallardo & Van Houtum 2014

X. Ferrer-Gallardo & H. van Houtum, 'The Deadly EU Border Control', *ACME An International E-Journal for Critical Geographies* (13) 2014, afl. 2, p. 295-304.

Fillipo, di, 2016

M. di Fillipo, 'Dublin 'reloaded' or time for ambitious pragmatism?', *EU Immigration and Asylum Law and Policy* 12 October 2016, Eumigration-lawblog.eu.

Fonteyne 1983

J-P.L. Fonteyne, 'Burden-sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of refugees', *Australian Yearbook of International Law* 1983, afl. 8, p. 162-188.

Foster & Pobjoy 2011

M. Foster & J. Pobjoy, 'A Failed Case of Legal Exceptionalism? Refugee Status Determination in Australis 'Excised Territory'', *International Journal of Refugee Law* (23) 2011, afl. 4, p. 583-631.

Fratzke 2015

S. Fratzke, *Not Adding Up: The Fading Promise of Europe's Dublin System*, Brussels: Migration Policy Institute Europe 2015.

Frelick, Keyser & Podkul 2016

B. Frelick, I.M. Keyser & J. Podkul, 'The Impact of Externalisation of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and other Migrants', *Journal on Migration and Human Security* 2016, afl. 4, p.190-220.

Frenzen 2017

N. Frenzen, 'Extraterritorial Refugee Protection', in: A. Nollkaemper & I. Plakokefalos (red.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 506-526.

Gammeltoft-Hansen & Tan 2017

T. Gammeltoft-Hansen & N.F. Tan, 'The End of the Deterrence Paradigm? Future Directions for Global Refugee Policy', *Journal on Migration and Human Security* (5) 2017, afl. 1, p. 28-56.

Gammeltoft-Hansen & Hathaway 2015

T. Gammeltoft-Hansen & J. Hathaway, 'Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence', *Columbian Journal of Transnational Law* 2015, afl. 53, p. 257-260.

Garcia Andrade 2019 (forthcoming)

P. Garcia Andrade, 'EU External Competences on Migration: Which Role for Mixed Agreements?' in: S. Carrera, J. Santos Vara & T. Strik (red.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration and Asylum Policies in Times of Crisis*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing (forthcoming).

Garlick 2016

M. Garlick, *Solidarity under Strain* (diss. Nijmegen Radboud University) 2016.

Goodwin-Gill & McAdam 2007

G. Goodwin-Gill & J. McAdam, *The Refugee in International Law*. Oxford: Oxford University Press 2007.

Grahl-Madsen 1982

A. Grahl-Madsen, 'Refugees and Refugee Law in a World in transition', *Michigan Journal of International Law* (3) 1982, afl. 1, p. 65-88.

Groenendijk 2011

C.A. Groenendijk, 'Kunnen Unieburgers nog vluchten? Bescherming van Roma door het Vluchtelingenverdrag en het vrij verkeer in de EU', in: A. Terlouw & K. Zwaan, *Tijd en asiel*, Deventer: Kluwer 2011, p. 59-80.

Guild 2001

E. Guild, *Moving the Borders of Europe* (inaugural lecture Nijmegen: Radboud University) 30 May 2001.

Guild & Basaran 2018

E. Guild & T. Basaran (red.), *The UN's Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration. Analysis of the final draft, Objective by Objective*, London: University of London (School of Advanced Study, Refugee Law Initiative) 2018.

Guild et al. 2015

E. Guild et al., *Enhancing the CEAS and Alternatives to Dublin* (CEPS Paper), Brussels: European Parliament 2015.

Hathaway et al. 2011

A. Hathaway et al., 'Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially?', *Arizona State Law Journal* (389) 2011, p. 389-426.

Heijer, den, 2019 (forthcoming)

M. den Heijer, 'Visa and Non-discrimination', *Journal Migration and Law* (Special issue) (forthcoming).

Heijer, den, 2011

M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Leiden: E.M. Meijers Instituut.

Heijer, den, 2010

M. den Heijer, 'Europe Beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection', in: B. Ryan & V. Mitsilegas (red.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Nijmegen: Martinus Nijhof Publishers 2010, p. 163-194.

Heijer, den, Rijpma & Spijkerboer 2016

M. den Heijer, J. Rijpma & T. Spijkerboer, 'Coercion, Prohibition, and Great Expectations', *Common Market Law Review* 2016, afl. 53, p. 607-642.

Houtum, van, 2010

H. van Houtum, 'Human Blacklisting: The Global Apartheid of the EU's External Border Regime', *Environment and Planning D: Society and Space* 2010, afl. 28, p. 957-976.

Hruschka 2016

C. Hruschka, 'Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission', *EU Immigration and Asylum Law and Policy* 17 May 2016, Eumigrationlawblog.eu.

Hruschka 2014

C. Hruschka, 'The (Reformed) Dublin III Regulation – a Tool for Enhanced Effectiveness and Higher Standards of Protection?', *Era Forum* (15) 2014, afl. 4, p. 469-483.

Hurwitz 2009

A. Hurwitz, *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Internal Displacement Monitoring Centre 2015

Internal Displacement Monitoring Centre (IDMC), *Global Estimates 2015. People Displaced by Disasters*, Geneva: IDMC 2015.

International Law Commission 2006

International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (Report of the Study Group of the International Law Commission 13 April 2006), *UN Doc A/CN.4/L.682*, 13.

Jones 2016

R. Jones, 'Borders and Walls: Do Barriers Deter Unauthorized Migration?', *Migration Policy Institute* 5 October 2016.

Kalkan & Franssen 2017

N. Kalkan & K.A.E. Franssen, 'Kroniek Europees asielrecht', *A&MR* 2017, afl. 9, p. 422-437.

Klepp 2010

S. Klepp, 'A Contested Asylum System: The European Union between Refugee Protection and Border Control in the Mediterranean Sea', *European Journal of Migration and Law* (12) 2010, afl. 1, p. 1-21.

Lavenex 1999

S. Lavenex, 'Safe Third Countries: Extending the EU Asylum and Immigration Policies to Central and East Europe', Budapest/New York: Central European University Press 1999.

Lanovoy 2014

V. Lanovoy, 'Complicity in an Internationally Wrongful Act', in: A. Nollkaemper & I. Plakokefalos (red.), *Principles of Shared Responsibility: An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, p. 135-169.

Meijers Committee 2016

Meijers Committee, *Standing committee of experts on international immigration, refugee and criminal law* (Note on the proposed reforms of the Dublin Regulation (COM (2016) 197), the Eurodac recast proposal (COM (2016) 272 final), and the proposal for an EU Asylum Agency (COM(2016)271 final) (CM1609).

Merrills 1993

J.P. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester: Manchester University Press 1993.

Miller 2016

D. Miller, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard: Harvard University Press 2016.

Milner 2005

J. Milner, 'Burden-Sharing', in: M. Gibney & R. Hansen (red.), *Immigration and Asylum: From 1900 to the Present*, Santa Barbara: ABC-CLIO 2005.

Möldner 2012

M. Möldner, 'Responsibility of International Organisations – Introducing the ILC's ARIIO', *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (16) 2012.

Mosallai 2016

S. Mosallai, *Compatibility of Australian Asylum Policy Aimed at Unauthorized Maritime Arrivals with International Refugee and Human Rights Law* (Master thesis Nijmegen), Nijmegen: Radboud University 2016.

Moynihan 2018

H. Moynihan, 'Aid and Assisting: The Mental Element under Article 16 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility', *International & Comparative Law Quarterly* 2018, vol. 67, p. 455-471.

Moynihan 2018

H. Moynihan, 'Aiding and Assisting: Challenges in Armed Conflict and Counterterrorism', *Chatham House Research Paper* November 2016.

Nollkaemper 2018

A. Nollkaemper, 'The Duality of Shared Responsibility', *Contemporary Politics* (24) 2018, afl. 5 p. 524-544.

Nollkaemper & Klakoefalos 2017

A. Nollkaemper & I. Klakoefalos (red.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2017.

Nollkaemper & Jacobs 2013

A. Nollkaemper & D. Jacobs, 'Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework', *Michigan Journal of International Law* (34) 2013, afl. 2, p. 359-438.

Nussbaum 2006

M. Nussbaum, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, Cambridge (Mass.): Belknap Press 2006.

O'Byrne 2013

K. O'Byrne, 'Is there a Need for Better Supervision of the Refugee Convention?', *Journal of refugee Studies* (26) 2013, afl. 3, p. 330-359.

Orakhelashvili 2006

A. Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Owen 2016

D. Owen, 'In Loco Civitatis: On the Normative Basis of the Institution of Refugeehood and Responsibilities for Refugees', in: S. Fine & L. Ypi (red.), *Migration in Political Theory: The Ethics of Movement and Membership*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 280.

PACE 2016

Resolutie nr. 2109 en rapport nr. 14028, 'The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016', 20 april 2016.

PACE 2018

Resolutie nr. 2228 en rapport nr. 1575, ‘*Human rights impact of the “external dimension” of European Union asylum and migration policy: out of sight, out of rights?*’, 13 juni 2018.

Parkin, Carrera & Den Hertog 2013

J. Parkin, S. Carrera & L. den Hertog, ‘The Peculiar Nature of EU Home Affairs Agencies in Migration Control: Beyond Accountability versus Autonomy?’, *European Journal of Migration and Law* (15) 2013, afl. 4, p. 337-358.

Pijnenburg 2017

A. Pijnenburg, ‘Is N.D. and N.T. v. Spain the new Hirsi?’, *EJIL: Talk!* 17 October 2017, Ejiltalk.org.

Price 2010

M.E. Price, *Rethinking Asylum*, Cambridge: Cambridge University Press 2010.

Rawls 1971

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.): Belknap Press 1971.

Scheffer 2018

P. Scheffer, *De vorm van vrijheid*, Amsterdam: De Bezige Bij 2018.

Scheffer 2016

P. Scheffer, *De vrijheid van de grens*, Amsterdam: De Bezige Bij 2016.

Scholten 2015

S. Scholten, *The Privatisation of Immigration Control through Carrier sanctions: The Role of Private Transport Companies in Dutch and British Immigration Control*, Leiden: Brill 2015.

Sen 2009

A. Sen, *Het idee van rechtvaardigheid*, Rotterdam: Lemniscaat 2009.

Spijkerboer 2019 (forthcoming)

T. Spijkerboer, ‘The Global Mobility Infrastructure: Reconceptualising the Externalisation of Migration Control’, *Journal Migration and Law* (Special Issue) (forthcoming).

Spijkerboer 2017

T. Spijkerboer, 'Europese Commissie geeft nieuwe richting aan Asiel- en Migratiebeleid', *Verblijfblog* 27 september 2017, Verblijfblog.nl.

Strik 2018

T. Strik, 'De externe dimensie van het EU migratiebeleid: uit het oog uit het recht?', *NTM* 2018, afl. 1, p. 64-86.

Strik 2011

T. Strik, *Besluitvorming over asiel- en migratierichtlijnen. De samenwerking tussen nationaal en Europees niveau*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

Tamlon 2005

S. Talmon, 'Responsibility of International Organisations: Does the European Community Require Special Treatment', in: Ragazzi (red.), *International Responsibility Today – Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden: Martinus Nijhoff publishers 2005, p. 405-422.

Terlouw 2012

A. B. Terlouw, 'Grenzen aan de grenzen. De verdeling van de verantwoordelijkheid voor asielzoekers', in: H. van Houtum & J. van Vugt (red.), *Eerlijke nieuwe wereld. Voorbij de grenzen van de natiestaat*, Zoetermeer: Klement 2012, p. 175-202.

Trauner & Carrapiço 2012

F. Trauner & H. Carrapiço, 'The External Dimension of EU Justice and Home Affairs after the Lisbon Treaty: Analysing the Dynamics of Expansion and Diversification', *European Foreign Affairs Review* (17) 2012, afl. 2/1, p. 1-18.

UNHCR 2018-1

UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2017*, Geneva: UNHCR 2018.

UNHCR 2018-2

UNHCR, *Resettlement Handbook. Country Chapter USA*, USA: October 2014 / Revised May 2018.

UNHCR 2016

UNHCR, *Legal Considerations on the Return of Asylum-seekers and Refugees from Greece to Turkey as Part of the EU-Turkey Cooperation*

Territorialiteit en vluchtelingenrecht: verantwoordelijkheid nemen, afschuiven of delen?

in Tackling the Migration Crisis under the Safe Third Country and First Country of Asylum Concept, Geneva: UNHCR 23 March 2016.

UNHCR 2014

UNHCR, *Living in the Shadows. Jordan Home Visits Report 2014*, Geneva: UNHCR 2014.

Vallet 2014

É. Vallet (red.), *Borders, Fences and Walls: State of Insecurity?*, Farnham, UK: Ashgate Publishing, 2014.

Verschuren 2016

E. Verschuren, 'Canada neemt 300.000 migranten op in 2017', *NRC* 31 oktober 2016.

VN 2018

VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, '*Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*', 20 december 2018.

VN 2017

UN Special Rapporteur on the human rights of migrations, '*Report on a 2035 agenda for facilitating human mobility*', UN Doc A/HRC/35/25.

VN 2016

VN Hoge Commissaris voor de Mensenrechten, '*Detained and dehumanised: human rights abuses against migrations in Libya*', 13 december 2016.

Waal, de, 2017

T. de Waal, *Conditional Belonging: A Legal-Philosophical Inquiry into Integration Requirements for Immigrants in Europe* (diss. Amsterdam UvA) 2017.

Waele, de, 2017

H. de Waele, 'Toetsing van de Turkijeddeal. Gerecht van EU schuift hete aardappel door', *A&MR* 2017, afl. 4, p. 179-180.

Wallace 2014

R. Wallace, 'The Principle of Non-refoulement in International Refugee Law', in: V. Chetail & C. Bauloz (red.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham: Edward Elgar 2014, p. 417-438.

Walzer 1983

M. Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books 1983.

Weis 1979

P. Weis, The Draft United Nations Convention on Territorial Asylum, *British Yearbook of International Law*, 1979, p. 151-171.

Wittenberg 2015

D. Wittenberg, *Prikkeldraad. Een geschiedenis van goed en kwaad*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas contact 2015.

Wouters 2010

K. Wouters, *International Standards for the Protection from Refoulement*, Leiden: Intersentia 2010.

Wouters & Den Heijer 2010

K. Wouters & M. den Heijer, 'The Marine I Case: a Comment', *International Journal of Refugee Law* (22) 2010, afl. 1, p. 1-19.

Yarwood 2011

L. Yarwood, *State Accountability under International Law: Holding States Accountable for a Breach of Jus Cogens Norms*, New York: Routledge 2011.

Zwaan 2003

K. Zwaan, *Veilig derde land. De exceptie van het veilig derde land in het Nederlands asielrecht*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut, 2003.



Nederlandse
Juristen
Vereniging

www.wolterskluwer.nl



verkrijgbaar als e-book
www.wolterskluwer.nl/e-books



Wolters Kluwer