

Hoge Raad der Nederlanden
zaaknummer: 25/00497
zitting d.d. 17 juli 2026

DUPLIEK VAN MR. C.S.G. JANSSENS

Inzake:

de stichting **STICHTING MILIEU EN MENS**
gevestigd te Zwolle
gevoegde partij aan de zijde van verweerster in het
principaal cassatieberoep, eiseres in het
voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep
advocaat: mr. C.S.G. Janssens

en

de rechtspersoon naar buitenlands recht
SHELL PLC, voorheen ROYAL DUTCH SHELL PLC
gevestigd te Londen (Verenigd Koninkrijk)
verweerster in het principaal cassatieberoep,
eiseres in het voorwaardelijk incidenteel
cassatieberoep
advocaten: mrs. F.E. Vermeulen en A.G.
Colenbrander

tegen:

1. de vereniging **VERENIGING MILIEUDEFENSIE**
gevestigd te Amsterdam
2. de stichting **STICHTING GREENPEACE
NEDERLAND**
gevestigd te Amsterdam
3. de vereniging **LANDELIJKE VERENIGING TOT
BEHOUD VAN DE WADDENZEE**
gevestigd te Harlingen
4. de stichting **STICHTING TER BEVORDERING
VAN DE FOSSIELVRIJ-BEWEGING**
gevestigd te Amsterdam
5. de stichting **STICHTING BOTH ENDS**
gevestigd te Amsterdam

6. de vereniging **JONGEREN MILIEU ACTIEF**
gevestigd te Amsterdam
(ontbonden per 1 september 2022)
eisers in het principaal cassatieberoep,
verweerders in het voorwaardelijk incidenteel
cassatieberoep
advocaten: mrs. P.A. Fruytier en J.P. Jas

Edelhoogachtbaar College,

1. Waar de toelichting van Milieudefensie nog eens aantoont dat zij zich uitsluitend richt op emissiereducties ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering, benadrukt de stichting Milieu & Mens (M&M) dat mitigatie (emissiereductie) in evenwicht moet worden gebracht met menselijk welzijn, welvaart en milieubescherming. In die context zijn energiezekerheid, betaalbaarheid en meer in het algemeen effectiviteits- en kosten-batenanalyses van groot belang: zonder welvaart zijn er ook immers ook nauwelijks middelen beschikbaar voor klimaatbeleid.
2. Daarnaast benadrukt M&M het belang van de democratische rechtsstaat en het respect voor het politieke domein in overeenstemming met de machtenscheiding en de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid. Daarom benadrukt M&M tevens de grenzen van strategisch procederen door organisaties als Milieudefensie en van rechterlijke rechtsvinding, want die grenzen bepalen (mede) de mate waarin rechterlijke uitspraken effectief tot algemeen (lands-)beleid kunnen leiden.
3. In het licht van deze doelen geeft de toelichting van Milieudefensie M&M aanleiding tot de volgende opmerkingen.
 - I. **De zorgvuldigheidsplicht die hier in het geding is**
 - I.1 Milieudefensie ziet de relevante plicht die hier aan de orde is afwisselend als een *“zorgvuldigheidsverplichting ter voorkoming of beperking van gevaarlijke klimaatverandering”*¹ en een *“zorgvuldigheidsverplichting tot CO2-reductie”*

¹ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 3b et seq.

volgens de tijdslijn die Milieudefensie wenst voor 2030.² Deze twee plichten zijn echter geenszins gelijkwaardig, integendeel ze zijn fundamenteel verschillend en mogelijk conflicterend. In algemene zin kan men stellen dat er een plicht bestaat om schade aan het milieu, de natuur en de planeet te voorkomen, maar daaruit volgt geenszins een plicht tot vergaande CO₂-emissie-reductie in 2030, met name niet, omdat de reductie in dit geschil niet door Shell zou worden gerealiseerd maar door derden (gebruikers van Shell brandstoffen); Shell zou volgens Milieudefensie meer niet-fossiele energieproducten moeten aanbieden, hoewel er naar die producten onvoldoende vraag is. Opmerkelijk is dat Milieudefensie zich tegelijkertijd ook verzet tegen kernenergie, hoewel die energie juist een verwaarloosbare CO₂-uitstoot veroorzaakt.

- I.2 Er bestaat echter geen zorgvuldigheidsverplichting tot CO₂-reductie door het onthouden van brandstoffen aan gebruikers die deze nodig hebben voor hun verwarming, voertuigen en installaties; dat soort doelbewust onthouden druist juist tegen de maatschappelijke zorgvuldigheid in, omdat die zorgvuldigheid van een onderneming als Shell eist dat zij de energieproducten aanbiedt waaraan burgers behoefte hebben om in hun bestaan te voorzien. Een versnelde reductie in 2030 kan bovendien conflicteren met het doel om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, indien lange termijn-investeringen in superieure oplossingen door de versnelde emissiereductie worden bemoeilijkt of gedwarsboomd. Milieudefensie heeft derhalve een onafhankelijke plicht tot CO₂-reductie door Shell geponeerd die niet bestaat en niet door de rechter in het leven kan worden geroepen, omdat zo'n plicht niet alleen zinloos, maar ook immoreel is en in ieder geval politieke overweging en afweging van de betrokken belangen zou vereisen.

II. De belangen die in deze zaak aan de orde zijn

- II.1 Milieudefensie stelt dat *“de belangen van betaalbaarheid en energiezekerheid geen rol kunnen spelen bij de vaststelling van de zorgvuldigheidsverplichting zelf.”* Dat zou zo zijn, omdat het daarbij gaat om *“een afweging van de eigen belangen van Shell ten opzichte van de belangen van de inwoners van Nederland.”*³ Dat oordeel getuigt van een foutieve rechtsopvatting (of een onjuiste feitelijke beoordeling). Het door Milieudefensie gevorderde bevel is versnelde

² Idem, posita 703, 707 et seq.

³ Idem, positum 806.

emissiereductie door Shell en daarmee ook door de afnemers en gebruikers van Shells fossiele brandstoffen (scope 3); het is niet klimaatbescherming of bescherming van de mens in abstracte zin – dat heeft Milieudefensie dan ook niet gevorderd.

II.2 Dit is een belangrijk onderscheid. Milieudefensie verwacht beide en spreekt in algemene zin over “klimaatbelangen” die niet energiezekerheid zouden omvatten (bijv. nr. 601). De relevante belangen zijn evenwel de belangen gemoeid met versnelde emissiereductie door Shell. Die belangen omvatten, naast “klimaatbelangen,” de belangen van afnemers en gebruikers van Shells brandstoffen, met andere woorden vele Nederlandse ingezetenen en veel mensen elders in de wereld. Naar M&M meent heeft dat heeft twee gevolgen:

- (1) Milieudefensie is niet ontvankelijk, omdat de belangen die hier in het geding zijn, niet gelijksoortig zijn; en
- (2) Of er een zorgvuldigheidsplicht bestaat die versnelde emissiereductie eist, wordt mede bepaald door de belangen van energiezekerheid en betaalbaarheid, de daarbij betrokken eigendomsrechten en economische belangen; voorzover eigendomsrechten van Shell en derden (klanten en andere burgers) worden geraakt dient bovendien nagegaan te worden, zoals uw Raad eerder overwoog, of er sprake is van een “excessieve last,”⁴ aangezien er niet in financiële compensatie voorzien kan worden, althans niet zolang Milieudefensie dit niet aanbiedt.

II.3 Doordat Milieudefensie de betrokken belangen te beperkt definieert, zijn ook de op die beperkte definitie gebaseerde overwegingen ten aanzien van onderwerpen als ontvankelijkheid, te beperkt. Zie daarover verder paragraaf VIII van deze dupliek.

III. Rechtsvinding

⁴ HR 16 november 2001, NJ 2002, 469: “of de bestreden maatregelen van de Whv voor één of meer van de eisers tot cassatie sub 2 t/m 8 in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende, feiten en omstandigheden een ‘individual and excessive burden’ vormen en of de desbetreffende bepalingen van de Whv om die reden voor hen buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie.”

- III.1 Milieudefensie stelt dat de rechter *“in het licht van het EVRM en op basis van het Nederlandse recht verplicht”* zou zijn, *“[b]innen zijn rechtsvindingsbevoegdheden en binnen de grenzen van het Nederlandse en EU-recht”* over te gaan tot *“vaststelling van een zorgvuldigheidsverplichting en een concrete reductieverplichting.”*⁵ In deze zaak zou de rechter volgens Milieudefensie het recht kunnen vinden *“aan de hand van objectieve aanknopingspunten.”*⁶ Milieudefensie gooit hier echter een uit de algemene zorgvuldigheidsnorm af te leiden abstracte plicht voor een onderneming *“ter voorkoming of beperking van gevaarlijke klimaatverandering”*⁷ en de plicht om de emissies te reduceren met een specifiek door de rechter te bepalen percentage op één hoop, omdat Milieudefensie wenst dat de redenering tot een *“concreet bevel”* leidt.⁸ Dat is geen steekhoudende methode van rechtsvinding en strijdt met de algemeen aanvaarde rechtsbeginselen.
- III.2 M&M meent dat deze methode van rechtsvinding geen steun vindt in het Nederlandse burgerlijk recht; de methode van rechtsvinding die Milieudefensie voorstaat, zou leiden tot een inbreuk op de rechtszekerheid en zou onaanvaardbare maatschappelijke gevolgen hebben. Zodra de gevolgen van een bepaalde interpretatie diep ingrijpen in complexe, meervoudige (polycentrische) maatschappelijke belangen die grotendeels niet in de rechtszaal vertegenwoordigd zijn, past de rechter grote terughoudendheid. Bij de interpretatie van open normen dienen de gevolgen van de verschillende mogelijke interpretaties expliciet betrokken te worden, omdat die gevolgen harde grenzen aan de rechterlijke bevoegdheid stellen waardoor zo de machtscheiding en het evenwicht tussen legitieme rechtspraak en de democratisch gelegitimeerde wetgever bewaakt kunnen worden. Dus zodra de analyse van de gevolgen van een bepaalde interpretatie aantoont dat ingrijpende maatschappelijke wijzigingen of brede politieke consequenties te verwachten zijn, staat de rechter voor een rood licht. Op dat moment eist het constitutionele bestel dat de rechter een stap terug doet en een besluit over beleid aan de wetgever laat. In staatsrechtelijke verantwoorde rechtsvinding moet de rechter naar de gevolgen kijken om de machtscheiding en de constitutionele grenzen van zijn bevoegdheid in de gaten te houden. De methode van Milieudefensie staat daarmee op gespannen voet.

⁵ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 1369.

⁶ Idem, positum 302.

⁷ Idem, positum 320.

⁸ Idem, positum 321.

- III.3 Voor de duidelijkheid -- er bestaat een algemene zorgvuldigheidsnorm (art 6:162 BW); de vraag in deze zaak is of uit deze norm een specifieke plicht tot emissiereductie met een bepaald percentage (45, 35 of 25%) voor het jaar 2030 voor een individuele onderneming, Shell, is af te leiden. De vraag is niet of er tevens (al dan niet als tussenstap) een abstracte plicht tot klimaatbescherming bestaat. Zo'n plicht tot klimaatbescherming kan juridisch niet worden geconstrueerd als er niet tegelijkertijd een concrete norm uit voortvloeit; het burgerlijk recht is immers geen systeem voor het formuleren van morele normen. Rechtsvinding dient, zoals Milieudefensie terecht stelt, objectief te zijn en niet een bepaalde subjectieve morele opvatting (zoals "klimaatbescherming") aan te hangen; de rechtszekerheid vereist concrete normen waar de rechter de algemene zorgvuldigheidsplicht toepast. De aanknopingspunten die Milieudefensie suggereert zijn evenwel niet (alle) objectief en bovendien laat zij belangrijke elementen buiten beschouwing.
- III.4 Open normen zijn door de wetgever bewust abstract gehouden, zodat het recht kan meebewegen met nieuwe concrete normen die zich ontwikkelen in een dynamische maatschappij om de wetten aan te vullen. Bij de invulling van open normen is de rechter onvermijdelijk niet slechts een "bouche de la loi," maar heeft hij een actieve, rechtsvormende taak.⁹ Traditionele interpretatiemethoden (grammaticaal, wetshistorisch, systematisch) geven bij de interpretatie en toepassing van open normen in politiek controversiële kwesties zoals klimaatbeleid, echter slechts bij uitzondering uitsluitel. In die gevallen dient de rechter naar de gevolgen van mogelijke interpretaties en toepassingen te kijken. De gevolgen fungeren vaak zelfs als doorslaggevende factor. Dit past tevens bij een teleologische interpretatie: de rechter zoekt naar het doel of de ratio van de norm, en toetst welke interpretatie dat doel het beste dient zonder ongewenste neveneffecten te creëren, althans zodanige gevolgen minimaliseert. Zoals Vranken terecht benadrukt, is het beoordelen van de consequenties van een beslissing cruciaal voor de bruikbaarheid en rechtvaardigheid van het recht in de

⁹ In zijn klassieke werk "Drie typen van rechtsvinding" beschrijft Wiarda de overgang van de 'wetstoepassende' naar de 'rechtsvormende' rechter. Bij de invulling van vage normen (het 'derde type' rechtsvinding) treedt de rechter buiten de strikte wettekst: "Waar de wet open normen hanteert, delegeert de wetgever in feite regelgevende macht aan de rechter. Bij het zelfstandig afwegen van de in het geding zijnde belangen kan de rechter zich niet onttrekken aan een weging van de maatschappelijke en praktische consequenties van zijn keuze."

praktijk.¹⁰ De rechter weegt hierbij doorgaans verschillende soorten gevolgen af, zoals:

- (i) de juridisch-systematische gevolgen: past de gekozen interpretatie binnen het bredere stelsel van het aansprakelijkheidsrecht, creëert het een onwerkbaar precedent, of leidt het tot een vloedgolf aan rechtszaken (het 'floodgates'-probleem¹¹);
- (ii) de praktische en maatschappelijke gevolgen: wat zijn de gevolgen voor derden die niet bij procedure betrokken zijn, is de regel werkbaar voor de betrokken partijen in de samenleving, of bestaat er een risico op ongunstige neveneffecten; en
- (iii) de economische gevolgen: leidt de interpretatie tot disproportionele kosten, risico's voor sectoren of groepen, de-industrialisatie, verlies aan werkgelegenheid of economische neergang.

III.5 M&M meent dat op basis van deze factoren de rechter tot geen andere conclusie kan komen dan dat het gevorderde emissiereductiebevel afgewezen dient te worden, want de door Milieudefensie voorgestelde interpretatie (i) past niet binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht (zoals hieronder verder besproken), (ii) schept een ontwrichtend precedent dat tot talloze rechtszaken aanleiding zou geven,¹² (iii) heeft aanzienlijke gevolgen voor niet in deze procedure vertegenwoordigde derden (afnemers en gebruikers van Shells brandstoffen), hetgeen tot vervolgprocedures van derdenverzet zou leiden, (iv) schept een onwerkbare regel voor de betrokken partijen in de samenleving die met Shell zouden moeten onderhandelen over de vraag of zij nog binnen het toegestane budget kunnen worden ingepast, (v) leidt tot voorzienbare ongunstige

¹⁰ Asser/Vranken Algemeen Deel: "Het beoordelen van de consequenties van een beslissing (het gevolgenargument) is niet slechts een pragmatisch sluitstuk, maar een volwaardig interpretatie-instrument. De rechter ontleent mede argumenten voor zijn beslissing aan de gevolgen die deze voor de toekomst in vergelijkbare gevallen zal hebben. Een rechtsregel moet maatschappelijk adequaat zijn."

¹¹ Spier en Vranken hebben in dit verband verwezen naar 'lawine aan claims' of 'een dijkdoorbraak.' A-G Spier in zijn conclusies voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 m.nt. ARB en HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 m.nt. JBMV; A-G Vranken in zijn conclusie voor HR 21 februari 1997, NJ 1997, 145 m.nt. CJHB.

¹² Milieudefensie zelf heeft op basis van het vonnis van de rechtbank al procedures aangespannen of aangekondigd tegen ING en weer Shell en alle grote ondernemingen in Nederland met significante emissies tot de orde geroepen. In positum 1411 van haar schriftelijke toelichting meldt Milieudefensie dat het vonnis "al een inspiratie geweest voor een groeiend aantal rechtszaken" is.

neveneffecten zoals energie-armoede en maatschappelijke ontwrichting, (vi) heeft zware economische gevolgen voor de bezitters van voertuigen, apparaten en installaties die op fossiele brandstoffen draaien en jaagt hen op grote kosten, zonder enige compensatie, en (vii) creëert aanzienlijke risico's van de-industrialisatie, verlies aan werkgelegenheid en economische neergang. Omdat de consequenties van civielrechtelijk ingrijpen op basis van een open norm in deze zaak de vorm zouden aannemen van macro-economisch beleid, dicteert de scheiding der machten dat deze belangenafweging een taak is voor de wetgever, niet voor de rechter, aangezien de rechter toegerust noch bevoegd is om op basis van een open zorgvuldigheidsnorm een beslissing te nemen waarvan de gevolgen een wissel trekken op een belangrijke onderneming, de klanten van die onderneming, vele derden en de economie in het algemeen en die derhalve een belangrijke herverdeling van welvaart en risico's in de samenleving impliceert; dergelijke macro-afwegingen en redistributie behoren, krachtens hun aard en de vereiste democratische legitimatie, toe aan de (democratisch gelegitimeerde) politieke besluitvorming. Bovendien zou de door Milieudefensie gepropageerde interpretatie van het recht verwachtingen bij de justitiabelen wekken welke niet kunnen worden gehonoreerd;¹³ op de risico's van gevaarlijke klimaatverandering zou een bevel aan Shell geen enkele invloed hebben, maar het zou, bij afwezigheid van compensatie, bepaalde groepen hard raken.

IV. Trias politica en machtscheiding

IV.1 Milieudefensie stelt enerzijds dat “[i]n het kader van [de] rechtsvindende en rechtsvormende taak van de rechter als uitgangspunt geldt dat de rechter niet tot taak heeft om keuzes te maken over de wijze waarop de maatschappij moet worden ingericht en gestuurd. Dat zijn immers politieke keuzes.”¹⁴ Anderzijds betoogt Milieudefensie dat de problematiek van de machtscheiding, de trias politica en de daaruit voortvloeiende implicaties voor de bevoegdheid en rechtsvormende taak van de rechter, niet speelt “als de rechter de vraag moet beantwoorden waartoe een onderneming jegens burgers verplicht is op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW,” want “[i]n die zuiver

¹³ T. Koopmans, ‘Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief’, In: Van Dijk, *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, KNAW 1989.

¹⁴ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 1373.

horizontale verhouding treedt de rechter niet in enige aan de overheid toekomende beleidsvrijheid of beoordelingsruimte.”¹⁵

IV.2 In zijn algemeenheid is die laatste stelling onjuist. Bij de interpretatie van vage, open normen, van niet strak omlinjende mensenrechten en van algemene, abstracte beginselen, dient de rechter zich juist terughoudend op te stellen omdat hij anders het politieke domein betreedt en de “politieke keuzes” gaat maken waarvoor ook Milieudefensie waarschuwt. Milieudefensie zelf toont aan dat het gevraagde bevel tot versnelde emissiereductie door Shell politieke keuzes inhoudt, waar het tot in detail beschrijft hoe de EU en de Nederlandse wetgever op grond van een belangenafweging gekozen hebben voor een ander emissiereductietijdspad dan dat wat Milieudefensie wil (en Milieudefensie dus noodgedwongen naar open normen moet grijpen om hun vordering te stutten). Juist omdat Milieudefensie geen juridische grond kan aanwijzen voor een concreet emissiereductiepercentage dat op Shell van toepassing is, omdat de EU en de Nederlandse wetgever doelbewust in deze geen specifiek percentage hebben voorgeschreven, en omdat veel en deels tegenstrijdige belangen betrokken zijn bij (versnelde) emissiereductie, is het duidelijk dat het voorschrijven van een door Milieudefensie geëist percentage de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat en politieke keuzes zou houden.

IV.3 Ter verdediging van haar standpunt stelt Milieudefensie nog dat *“in de rechtspraak over de vaststelling en invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting in horizontale verhoudingen nooit de vraag speelt of de rechter zijn rechtsvormende taak te buiten gaat in verband met overheidsbeleid, bredere maatschappelijke belangen, beleidsmatige keuzes of verdelingsvraagstukken.”¹⁶* Dit argument snijdt geen hout om de navolgende vijf redenen:

- (1) Ten eerste, het gaat hier (net als in de Urgenda-zaak) om de positieve verplichtingen die verbonden zijn aan de artikelen 2 en 8 EVRM, maar een private onderneming kan, in tegenstelling tot de staat, geen

¹⁵ Idem, positum 1376. Zie ook positum 919: *“Op deze wijze koppelt de Hoge Raad het consensusbegrip rechtstreeks aan het spanningsveld van de machtscheiding en de rechterlijke terughoudendheid die in dat verband het uitgangspunt vormt. Al deze aspecten spelen niet in horizontale, privaatrechtelijke verhoudingen. Dat betekent reeds dat aan het consensusbegrip in zodanige verhoudingen geen (doorslaggevende) betekenis toekomt. Het hof heeft dat miskend.”*

¹⁶ Idem, positum 1378.

adequaat wettelijk en administratief kader scheppen om deze mensenrechten te eerbiedigen middels emissiereductie, want een private onderneming heeft geen monopolie en geen wetgevende bevoegdheid. Bovendien is niet voldaan aan het vereiste van slachtoffers. Door de open norm van artikel 6:162 BW, zonder ook maar één slachtoffer te identificeren, te “vullen” met een positieve verplichting zonder de bijbehorende “margin of appreciation,”¹⁷ zou een publiekrechtelijke reguleringsplicht in een absoluut privaatrechtelijk reductiedoel worden omgezet; dat is geen “indirecte doorwerking,” maar dogmatische kortsluiting.

- (2) Ten tweede, de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheid fungeert als vangnet en vult leemtes op waar de geschreven wet zwijgt. In het klimaatdossier is de wetgever echter hyperactief, zijn vele wetten en regelingen tot stand gekomen, hetgeen zowel Milieudefensie als Shell uitgebreid hebben geëtaleerd, en dus er is geen rol weggelegd voor het invullen van leemtes met ongeschreven recht.
- (3) Ten derde, in deze zaak wordt de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (gevaarstelling), zoals Milieudefensie zelf uitlegt, ingekaderd door de Kelderluik-criteria (de kans op schade, aard en ernst van de schade, bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen). Door artikelen 2 en 8 EVRM als 'harde' normen in deze afweging te gieten, worden evenwel de relativiteits- en proportionaliteitsvereisten van de Kelderluik-gevaarstellingsleer geschonden. Een onderneming handelt maatschappelijk onbetamelijk als zij specifieke, voorzienbare en afwendbare schade aan een identificeerbaar slachtoffer toebrengt om zo de proportionele kosten of het ongemak van preventieve maatregelen te vermijden. Bij mondiale emissies, extreme cumulatieve causaliteit,¹⁸ en Scope 3-emissies faalt dit raamwerk volkomen – er is geen aanwijsbaar slachtoffer of schade, er is onvoldoende causaal verband, het gaat om de emitterende activiteiten van vele derden en

¹⁷ Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens laat staten een ruime margin of appreciation bij het invullen van hun positieve verplichtingen in complexe sociaaleconomische en milieukwesties. De Staat moet rechten balanceren: milieubescherming versus economische stabiliteit, eigendomsrechten (artikel 1 EP), betaalbaarheid, leveringszekerheid, werkgelegenheid, economie, etc.

¹⁸ Het is belangrijk om deze causaliteit te onderscheiden van alternatieve causaliteit (zoals in het DES-dochters arrest conform artikel 6:99 BW).

een rechterlijk bevel zou geen verbetering brengen. De abstracte "mensenrechten" kunnen de strikte privaatrechtelijke vereisten van onrechtmatigheid, identificatie en voorzienbaarheid van schade en causaliteit niet vervangen. Het aansprakelijkheidsrecht is nu eenmaal geen instrument van ineffectieve risicoregulering of realisatie van mensenrechten.

- (4) Ten vierde, bij onzeker (cumulatief) causaal verband is remedie die gevorderd wordt van belang. Wat geldt bij een vordering tot schadevergoeding geldt niet bij een vordering tot een ge- of verbod. Het aansprakelijkheidsrecht gaat met onzeker causaal verband anders om bij een vordering tot schadevergoeding (ex artikel 6:162 BW) dan bij een vordering tot een gebod of verbod (ex artikel 3:296 BW).¹⁹ Waar bij schadevergoeding creatieve oplossingen zoals proportionele aansprakelijkheid kunnen worden toegepast om bewijsnood te doorbreken, leent een rechterlijk bevel zich hier qua aard niet voor; een gebod of verbod is immers binair -- het wordt wel of niet opgelegd en kan niet proportioneel worden opgelegd om de causale onzekerheid te reflecteren.²⁰ Als niet vaststaat dat het afdwingen van het verbod de

¹⁹ In het Nefalit-arrest (HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjon Tjin Tai) en latere asbest- en DES-jurisprudentie heeft uw Raad oplossingen gecreëerd voor onzeker causaal verband (zoals proportionele en alternatieve aansprakelijkheid). Deze arresten zijn echter exclusief gericht op de verdeling van reeds ingetreden schade. Uw Raad heeft expliciet overwogen dat deze leerstukken dienen ter billijke compensatie van slachtoffers. Er is geen enkel precedent dat toestaat om de kans-gebaseerde benadering van Nefalit door te trekken naar artikel 3:296 BW. Een "proportioneel verbod" bestaat niet. Om een verbod op te leggen, moet de eiser aannemelijk maken dat juist het nalaten of handelen van deze specifieke gedaagde de dreigende onrechtmatige toestand (mede) veroorzaakt, en dat het verbod dit effectief zal stoppen. Het Kalimijnen-arrest (HR 23 september 1988, *NJ* 743 m.nt. J.C. Schultz, J.H. Nieuwenhuis) is het klassieke arrest over meervoudige vervuilers. Hoewel uw Raad oordeelde dat een enkele vervuiler voor zijn aandeel in de schade kan worden aangesproken, laat de systematiek van het arrest zien dat een verbodsvordering tegen één van de vervuilers een veel zwaardere bewijslast vergt. In Urgenda (HR 20 december 2019, *NJ* 2020, 41, m.nt. J. Spier) oordeelde uw Raad dat het "drop in the ocean"-verweer niet opgaat en een gedeeltelijke causaliteit voldoende is voor een bevel, maar daar ging het om de Staat die tot nakoming van zijn specifieke reductieverplichtingen werd verplicht; de staat is, in tegenstelling tot een onderneming, een systeemverantwoordelijke actor met wetgevende macht en een gesloten territoriaal monopolie.

²⁰ De leer van de proportionele aansprakelijkheid moet immers strikt worden onderscheiden van de leer van de kansschade. Bij proportionele aansprakelijkheid is de kern dat de schade zich al volledig heeft verwezenlijkt, maar de oorzaak onzeker is. Bij kansschade is de schade zelf onzeker; het gaat om het verlies van een kans op een beter resultaat. Uw Raad heeft benadrukt dat proportionele aansprakelijkheid zeer terughoudend moet worden toegepast "*vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijkerwijs niet, of niet in de*

dreigende schade daadwerkelijk voorkomt of vermindert (bijvoorbeeld doordat marktsubstitutie optreedt die een mogelijk preventief effect teniet doet), ontbreekt het vereiste causale verband tussen de gevorderde maatregel en het af te wenden gevaar.

- (5) Ten vijfde, de hierboven geciteerde stelling van Milieudefensie over horizontale verhoudingen en rechtsvorming heeft geen relevantie voor deze zaak. Milieudefensie zelf heeft de zaak tegen Shell immers *“uniek”* genoemd *“omdat we geen schadevergoeding van Shell vragen maar een koerswijziging.”*²¹ Het vonnis van de rechtbank noemde zij een *“historische uitspraak”* want het *“is wereldwijd de eerste keer dat een bedrijf juridisch wordt verplicht tot [streng] klimaatbeleid”*²² en de zaak zou *“baanbrekend”* en *“grensverleggend”* zijn.²³ Milieudefensie heeft uitgelegd dat deze zaak *“onderdeel [is] van onze fundamentele strijd tegen de heersende maatschappijvisie waarin bedrijfsbelangen centraal staan.”* Dat zijn juiste observaties, die bevestigen dat, hoewel gebruikelijke civiele zaken geen problemen van machtscheiding oproepen, deze zaak dat wel doet. Milieudefensie wil klaarblijkelijk een nieuwe maatschappelijke orde scheppen; daar is een civielrechtelijke procedure echter niet voor bedoeld.

IV.4 Het formuleren van een specifiek, bindend versneld en lineair²⁴ reductiepad voor emissies (zoals 45% in 2030) vereist inherent afweging van complexe,

door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt” (HR 24 december 2010, NJ 2011, 251, HR 21 december 2012, NJ 2013, 237). Bij kansschade daarentegen moet *“eerst beoordeeld worden of condicio-sine-qua-non-verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes”* (HR 21 december 2012, NJ 2013, 237), hetgeen hier niet geval is. Proportionele aansprakelijkheid is een uitzondering (een ultimum remedium) die is gereserveerd voor situaties waarin de onzekerheid over het causaal verband precies verdeeld kan worden in procentuele waarschijnlijkheden en toepassing van de hoofdregel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Aan die eisen, noch aan de eisen van kansschade, is in deze zaak voldaan.

²¹ Milieudefensie, Veelgestelde vragen over de klimaatzaak tegen Shell, <https://milieudefensie.nl/klimaatzaakshell/veelgestelde-vragen>.

²² Milieudefensie, De laatste ronde tegen Shell: alles wat je moet weten, <https://milieudefensie.nl/actueel/alles-wat-je-moet-weten-over-de-laatste-zittingsdag-shell>.

²³ Beleidsplan Milieudefensie 2025-2030, https://milieudefensie.nl/actueel/vereniging/milieudefensie_meerjarenstrategie-2025-2030-def.pdf.

²⁴ Lineariteit van emissiereductie is een eis die geen steun vindt in de realiteit en de (economische) wetenschap.

concurrerende belangen, waaronder energiezekerheid, economische stabiliteit, industriebeleid, werkgelegenheid etc. Deze belangenafweging is onvermijdelijk en bij uitstek een wetgevend en politiek prerogatief. Indien de rechter een specifiek percentage voor versnelde reductie voor een individuele onderneming (en dus ook voor de klanten van die onderneming) zou opleggen, kan hij er niet aan ontkomen dat hij alle daaraan verbonden problemen ondergeschikt maakt en feitelijk als beleidsmaker optreedt.²⁵ Daarmee zou hij de constitutionele grenzen die getrokken zijn tussen de rechterlijke macht en de wetgever overschrijden.²⁶

- IV.5 Toewijzing van de vordering van Milieudefensie zou betekenen dat de rechter, terwijl Milieudefensie geen enkel specifiek feit heeft aangedragen dat erop wijst dat haar belangen zich onderscheiden van de algemene belangen die bij het opstellen van het klimaatbeleid grondig zijn meegewogen, desondanks de door de wetgever verrichte algemene belangenafweging overdoet en vervolgens tot een andere conclusie komt. Dat valt buiten de rechtsvormende taak van de rechter want dan zou de rechter, in de woorden van Milieudefensie, wel *“politieke keuzes”* maken *“over de wijze waarop de maatschappij moet worden ingericht en gestuurd.”*²⁷

V. De vrijwarende werking van de klimaatwet- en -regelgeving

- V.1 In verband met de vrijwarende werking van publiekrechtelijke regelgeving op civielrechtelijke aansprakelijkheid, stelt Milieudefensie dat het EU ETS systeem *“geen vrijwarende werking heeft”* en *“niet erop is gericht te voorkomen dat derden nadelige effecten ondervinden van emissies die onder het EU-ETS plaatsvinden en daardoor worden gemaakt. Evenmin sluit het EU-ETS een zorgvuldigheidsverplichting tot CO₂-reductie uit.”*²⁸ Daaraan voegt Milieudefensie

²⁵ Milieudefensie erkent dit impliciet waar zij in positum 946 van haar schriftelijke toelichting stelt dat *“[i]n het licht van de belangrijke rol die de olie- en gasindustrie speelt bij de mondiale CO₂-uitstoot er geen enkel effectief scenario denkbaar is waarin geen reductie van CO₂-uitstoot van olie en gas wordt verlangd.”*

²⁶ Ook het Duitse Bundesverfassungsgericht en Bundesgerichtshof hebben een dergelijke vergaande rechterlijke rechtsvorming op basis van algemene normen (*“Generalklauseln”*) verworpen op basis van de machtscheiding (*“Gewaltenteilung”*). Het Duitse constitutionele hof heeft gesteld dat *“[d]e rechterlijke ontwikkeling van het recht er (...) niet toe mag leiden dat de rechtbanken hun eigen opvatting van materiële rechtvaardigheid in de plaats stellen van die van de wetgever.”* Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 11. Juli 2012, para. 75, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2012/07/rs20120711_1bvr314207.html.

²⁷ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 1373.

²⁸ Idem, positum 574.

nog toe: “Het leerstuk van vrijwarende werking heeft namelijk enkel betrekking op de vraag of een partij nog aansprakelijk kan worden gehouden voor gedragingen die zij verricht op grond van een door een overheidsorgaan aan haar afgegeven vergunning. Bij die vraag is, naast de aard van de vergunning, met name relevant of de betreffende belangen bij de vergunningverlening uitputtend zijn afgewogen.”²⁹

- V.2 Milieudefensie zie dat verkeerd: het ETS is er wel degelijk gericht te voorkomen dat derden nadelige effecten van gevaarlijke klimaatverandering ondervinden. Het doel van de Europese emissiehandel (en de andere onderdelen van de klimaatregelgeving) is het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering en daarmee het beschermen van mens, milieu en eigendom (derden). De wetgever heeft echter weloverwogen besloten dat deze bescherming niet via een onmiddellijke drastische emissiereductie moet worden bereikt, maar via een geleidelijk, voorspelbaar reductiepad om de economie, de leveringszekerheid en de betaalbaarheid van energie te waarborgen. Bovendien tonen de recente ontwikkelingen dat de wetgever de ambities afzwakt als de kosten te hoog oplopen.³⁰ Het EU-ETS en de overige elementen van de uitgebreide klimaatregelgeving zijn dus de weerslag van een complexe maatschappelijke en politieke belangenafweging, met name ook ten aanzien van de scope 3 emissies die in deze zaak centraal staan. Als een bedrijf zich aan dit afgesproken reductiepad houdt, handelt het in overeenstemming met de maatschappelijke en democratisch gelegitimeerde opvattingen over het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering en daarmee per definitie niet onzorgvuldig.
- V.3 Hoewel Milieudefensie suggereert dat slechts bij expliciete vergunning zich de vraag naar de vrijwarende werking voordoet. Dat is onjuist – die vraag doet zich voor bij alle publiekrechtelijke regelgeving en dat is met name het geval in deze zaak waarin Milieudefensie geen enkel specifiek feit of specifiek belang inroept, maar slechts dezelfde feiten en belangen stelt die de wet- en regelgever ook al (en

²⁹ Idem, positum 707.

³⁰ De EU Omnibus wetgeving heeft onder andere de verplichting voor ondernemingen afgeschaft om een klimaattransitieplan op te stellen en uit te voeren, omdat zo’n plicht disproportioneel is en de rechtszekerheid bedreigt. Voorts is de invoering van het EU-emissiehandelssysteem ETS2 uitgesteld tot 2028; dit is hier van groot belang omdat ETS2 betrekking heeft op CO₂-emissies door brandstofverbranding in gebouwen en wegtransport (Scope 3). Europees Parlement, EU-klimaatwet: doel van 90% emissiereductie voor de EU in 2040, <https://www.europarl.europa.eu/news/nl/press-room/20260205IPR33620/eu-klimaatwet-doel-van-90-emissiereductie-voor-de-eu-in-2040>

bovendien uitputtend) heeft afgewogen. Het is in dit verband ook niet doorslaggevend of de wetgever zelf heeft bepaald dat er vrijwarende werking is, zoals Milieudefensie suggereert. Waar het om gaat is, zoals Milieudefensie wel terecht stelt, of de betreffende belangen bij de totstandkoming van de regels (min of meer) uitputtend zijn afgewogen.³¹ Milieudefensie heeft op geen enkele wijze aangetoond dat bij de totstandkoming van het zeer uitgebreide stelsel van klimaatbeschermingswet- en regelgeving de betrokken belangen niet of onvoldoende zijn afgewogen; integendeel, Milieudefensie gaat ervan uit dat die belangen wel degelijk zijn meegewogen, maar wijst vervolgens op de lobby van de olie-industrie die de klimaatpolitiek zou hebben beïnvloed. De grondslag van de eisen van Milieudefensie en de op die basis geconstrueerde zorgvuldigheidsplicht tot CO₂-reductie is dat Milieudefensie het niet eens is met de belangenafweging die door de wet- en regelgever is gemaakt, maar dat is geen rechtvaardiging om vrijwarende werking te onthouden. Het toewijzen van de vordering van Milieudefensie zou bovendien betekenen dat de rechter het expliciet oordeel van de EU-wetgever opzijzet dat zo'n eis "disproportioneel" is en "de rechtszekerheid ondermijnt."³²

- V.4 Voorts stelt Milieudefensie dat "[d]e EU met het EU-ETS 2 beoogt weer uitvoering te geven aan haar eigen verplichtingen onder de Overeenkomst van Parijs."³³ Dat zou kunnen, maar dat wil niet zeggen dat er geen vrijwarende werking is, aangezien de Overeenkomst van Parijs juist beoogt om gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan en juist geen plichten oplegt aan private

³¹ HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 m.nt. GJS: "Burgemeester en Wethouders (...) hadden bij het verlenen van de krachtens de Hinderwet vereiste vergunning alle bij de uitvoering van de litigieuze gedragingen betrokken openbare en bijzondere belangen behoren af te wegen, terwijl de vergunninghouders in beginsel de vrijheid hebben op de grondslag van de in de vergunning en de vergunningsvoorwaarden neergelegde uitslag van die afweging te handelen, zonder ook hunnerzijds in een onderzoek en beoordeling van die belangen te treden. Er zijn geen omstandigheden vastgesteld, gesteld of gebleken op grond waarvan het de vergunninghouders duidelijk moet zijn geweest dat Burgemeester en Wethouders bij hun afweging van de in aanmerking komende belangen met het oog op een voor bepaalde belangen dreigend nadeel in redelijkheid niet tot hun in de vergunning en/of vergunningsvoorwaarden neergelegde beslissing hadden kunnen komen."

³² "The provisions of Directive (EU) 2024/1760 on the transition plan for climate change have been deemed to be disproportionate, particularly due to the administrative burden on companies and supervisory authorities, and could lead to legal uncertainty." Recital 47, Directive (EU) 2026/470 of the European Parliament and of the Council of 24 February 2026 amending Directives 2006/43/EC, 2013/34/EU, (EU) 2022/2464 and (EU) 2024/1760 as regards certain corporate sustainability reporting requirements and certain corporate sustainability due diligence requirements, OJ L, 2026/470, 26.2.2026.

³³ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 576.

personen; de EU heeft er met ETS 2 specifiek voor gekozen om niet de weg op te gaan van directe regulering van emissies, maar juist met prijssignalen te werken en substitutie te bevorderen. Daar dat oordeel Milieudefensie niet aanstaat, doet zij een beroep op de rechter om de betrokken belangen te heroverwegen en directe regulering op te leggen aan een onderneming en diens klanten. De EU klimaatwet- en regelgeving is een uitputtend, Europees geharmoniseerd en democratisch gelegitimeerd systeem dat expliciet is ontworpen om het klimaatprobleem en daarmee schade aan derden aan te pakken. Milieudefensie heeft geen enkel specifiek feit of belang ingeroepen dat reden geeft om in dit geval aan deze conclusie te tornen.

- V.5 Milieudefensie concludeert dat *“het EU-beleid geen aanwijzingen bevat voor de conclusie dat daarin een uitputtende belangenafweging is gemaakt tussen de klimaatbelangen, de energiezekerheid, de concurrentiebelangen en de rol van fossiele brandstoffen, laat staan ten gunste van een gelijkblijvend of zelfs groter olie- en gasgebruik.”*³⁴ Die conclusie is onjuist. Ten aanzien van het ETS bijvoorbeeld heeft de EU-wetgever expliciet individuele emissiereductiedoelen voor ondernemingen verworpen.³⁵ De theorie van regulering³⁶ en de uitlatingen

³⁴ Idem, positum 601.

³⁵ Europese Commissie, Groenboek Broeikasgasemissiehandel (COM (2000) 87 def.) [European Commission, Fact-sheet]: *“Emissions trading systems are among the most cost-effective tools for cutting greenhouse gas emissions. In contrast to traditional ‘command and control’ regulation, trading harnesses market forces to find the cheapest ways to reduce emissions. The European Union launched the EU Emissions Trading System (EU ETS) in 2005 as the cornerstone of its strategy for cutting emissions (...).”* CREG, 2022: *“While other mechanisms exist to reduce emissions from greenhouse gases and mitigate the most immediate effects of climate change, cap-and-trade mechanisms in general, and the EU ETS in specific, demonstrate some advantages over other, more traditional command-and-control schemes. These advantages are linked to the certainty on the reductions, the flexibility and the cost efficiency for participating actors, the revenues for Member States and hence the minimization of budgetary risks.”*

³⁶ De (rechtseconomische) theorie van regulering maakt een scherp onderscheid tussen marktgebaseerde instrumenten en command-and-control wetgeving. Het ETS is een marktmechanisme. Het doel hiervan is kosteneffectiviteit: emissies moeten daar worden gereduceerd waar dat economisch het meest efficiënt is. Als Onderneming A goedkoop emissies kan reduceren zal zij haar emissies sterk reduceren en haar overtollige rechten verkopen (of rechten bijkopen en de productie opvoeren). Als vergroening voor Onderneming B technologisch nog duur is, is zij gedwongen rechten op te kopen (of de productie te verminderen). Via handel krijgen de beschikbare emissierechten zo de hoogste waarde. Als je evenwel bedrijven individuele, harde reductiedoelstellingen oplegt (command-and-control), vernietigt je de logica van dit marktmechanisme: het zou de efficiënte Onderneming A verboden worden om de markt van extra rechten te voorzien (of extra rechten te kopen en de productie op te voeren) en zou de inefficiënte Onderneming B bescherming bieden, waardoor de maatschappij slechter af is. De theorie van regulering stelt dan ook dat individuele emissiereductiedoelen of streefcijfers incompatibel zijn met een goed functionerend emissiehandelssysteem. Zie daarover verder Europese Commissie, Groenboek

van de Europese Commissie³⁷ zijn daarover duidelijk.

VI. Effectiviteit en de zwaarwegende inspanningsverplichting

- VI.1 Milieudefensie stelt dat *“Shell ten aanzien van scope 2 en 3 een zwaarwegende inspanningsverplichting heeft. Indien Shell onderbouwd aantoont dat zij zich wél zwaarwegend heeft ingespannen, maar de vereiste CO2-reducties desondanks niet volledig heeft kunnen bewerkstelligen, leidt dat niet tot schending van de zorgvuldigheidsverplichting.”*³⁸ Dat roept de vraag op wat die inspanning van Shell zou kunnen inhouden, aangenomen dat het gevorderde bevel effectief moet zijn. Milieudefensie blijft het antwoord schuldig, omdat er geen redelijk antwoord bestaat. De vereiste inspanning zou moeten leiden tot een daling van de vraag naar brandstoffen in het algemeen, niet alleen naar Shells brandstoffen (anders is het bevel niet effectief).
- VI.2 Milieudefensie zegt helemaal niets over wat Shell zou kunnen doen om de vraag naar brandstoffen te verminderen. Het valt ook niet goed in te zien wat dat zou kunnen zijn; een mogelijk optie is het aangaan van lange termijn contracten met burgers waarbij Shell investeert in fossielvrije installaties en voertuigen in ruil voor een afnameplicht voor een relatief lange periode. Shell zou bijvoorbeeld voor een huishouden een elektrische verwarming kunnen betalen zodat ze de gasverwarming buitenwerking kunnen stellen en dan eisen dat gedurende bijvoorbeeld 15 jaar elektriciteit van Shell wordt afgenomen. Uitsluitend dit soort maatregelen zouden de vraag naar brandstoffen van Shells klanten effectief kunnen verminderen, waarbij in het midden kan blijven of dit ook een gunstig effect zou hebben op de gevaren van gevaarlijke klimaatverandering. Maar dat treedt ver buiten hetgeen de ene private partij van de andere private partij krachtens het burgerlijke recht kan eisen.³⁹ Het begrip “inspanningsverplichting” is daarom niet van toepassing in deze zaak.

betreffende de handel in emissierechten (COM/2000/0087 def.), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52000DC0087>

³⁷ DG Clima, EU ETS Handbook, 2015, https://climate.ec.europa.eu/system/files/2017-03/ets_handbook_en.pdf: “The EU chose a “cap-and-trade” structure as the best means of meeting the GHG emissions reduction target at least overall cost to participants and the economy as a whole. (...) A traditional command-and-control approach may mandate a standard limit per installation, but provides little flexibility to companies as to where or how emissions reductions take place.”)

³⁸ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 1427.

³⁹ Een rechterlijk bevel (en de daaraan gekoppelde dwangsommen of executie) is alleen toewijsbaar als de verbintenis voldoende bepaald of bepaalbaar is. De veroordeelde moet exact weten wat hem te doen staat.

- VI.3 Milieudefensie miskent met haar pleidooi voor een “zwaarwegende *inspanningsverplichting*” de dogmatische grenzen die uw Raad in zijn vaste jurisprudentie heeft getrokken. Waar uw Raad een dergelijke verzwaarde plicht erkent (zoals in *De Treek/Dexia*), rust deze onverkort op een specifieke rechtsbetrekking (of vertrouwensrelatie),⁴⁰ een asymmetrische machtsverhouding en feitelijke controle⁴¹ of zeggenschap;⁴² deze drie elementen ontbreken bij Scope 3-emissies. Door te verlangen dat een onderneming privaatrechtelijk aansprakelijk wordt gehouden voor het onafhankelijke consumptiegedrag van derden, in weerwil van het ontbreken van controlemacht, vordert Milieudefensie een oneigenlijk gebruik van artikel 6:162 BW dat de civiele rechtsdogmatiek te buiten gaat.
- VI.4 Aan de vordering ontbreekt voorts de ingevolge artikel 3:396 BW vereiste bepaaldheid;⁴³ het vestigen van een verzwaarde, doch inhoudelijk volledig onbepaalde inspanningsplicht jegens een onbepaalde groep derden, via de band van de open norm van artikel 6:162 BW, rekt het aansprakelijkheidsrecht op tot een instrument voor algemene maatschappelijke sturing. De vordering is ook ongeschikt voor een rechterlijk bevel, omdat een inspanningsverplichting naar haar aard flexibel is en afhankelijk van omstandigheden, maar wel voldoende duidelijk dient te zijn ten aanzien van de vereiste inspanning. Een zwaarwegend en in percentages uitgedrukt rechterlijk reductiebevel (artikel 3:296 BW) koppelen – onder dreiging van executiegeschillen – aan een inspanningsverplichting zonder specificatie van de mogelijke inspanningen die de vereiste reductie zouden kunnen bewerkstelligen, maakt het de facto tot een verkapte resultaats-

⁴⁰ HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 m.nt. JBMV en HR 23 december 2005, *NJ* 2006/289. Zie ook HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 80 m.nt. PAS: aansprakelijkheid voor derden geldt uitsluitend indien die derden hulppersonen zijn, en dat is hier niet het geval.

⁴¹ HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105, m.nt. CJHB. Zie ook: HR 1 april 2011, *NJ* 2011, 405 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

⁴² Een zwaarwegende inspanningsverplichting vereist in de HR-jurisprudentie altijd een zekere mate van directe invloed of contractuele verhouding. Bij Scope 3-emissies ontbreekt deze volledig. Scope 3-emissies zijn per definitie de emissies van anderen (toeleveranciers en eindgebruikers). Het basisbeginsel in het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is dat men niet aansprakelijk is voor de gedragingen van onafhankelijke derden, tenzij men daarover effectieve zeggenschap heeft (of een specifieke opdracht). Een onderneming, ook niet een grote onderneming, heeft geen privaatrechtelijke zeggenschap over het consumptiegedrag van miljoenen onafhankelijke eindgebruikers overal ter wereld.

⁴³ Een rechterlijk bevel (en de daaraan gekoppelde dwangsommen of executie) is alleen toewijsbaar als de verbintenis voldoende bepaald of bepaalbaar is. De veroordeelde moet exact weten wat hem te doen staat. Zie onder meer HR 15 april 2011, *NJ* 2011, 354 m.nt. M.R. Mok.

verbintenis, hetgeen dogmatisch wringt en niet past in het systeem van het burgerlijk recht.

VII. Van Urgenda naar Shell

VII.1 Milieudefensie verwijst vele malen naar het Urgenda-arrest, maar bespreekt nergens de essentiële verschillen tussen de staat en een individuele onderneming. Zo stelt Milieudefensie *“dat de Hoge Raad het ineffectiviteits- en substitutieargument van Shell in (onder meer) het The Pirate Bay-arrest voor het algemene aansprakelijkheidsrecht heeft verworpen”* en dat zij dat *“in het Urgenda-arrest opnieuw heeft gedaan voor klimaataansprakelijkheden die uiteenvallen in verschillende deelverplichtingen.”*⁴⁴ Volgens Milieudefensie is de gedachte daarachter vrij eenvoudig: *“als iedereen naar elkaar kan wijzen, zal er nooit iets gebeuren. De klacht loopt daarop vast.”* Wat geldt voor de staat, gaat naar het oordeel van M&M evenwel niet op voor een individuele onderneming.

VII.2 M&M wijst op de volgende verschillen die tot gevolg hebben dat de overwegingen in het Urgenda-arrest niet kunnen worden toegepast op een individuele onderneming als Shell en al helemaal niet op de Scope 3-emissies van de gebruikers van Shell-brandstoffen:

- (1) Mitigatie is een wereldwijd probleem van wereldwijde collectieve actie, niet van individuele actie van een onderneming of van gebruikers van brandstoffen, en kan slechts door wereldwijde collectieve actie effectief worden aangepakt.
- (2) Omdat mitigatie slechts kan worden geeffectueerd in een uitgebreid, veelomvattend, goed gecoördineerd regelsysteem dat zowel internationale als nationale componenten omvat, kan een individuele onderneming, zelfs als zij zou willen, geen relevante bijdrage aan mitigatie leveren.
- (3) Een staat heeft bevoegdheden, vereist voor het opstellen, uitvoeren en afdwingen van de algemeen geldende regels die nodig zijn om mitigatie te verwezenlijken. Een onderneming heeft deze bevoegdheden niet.

⁴⁴ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 791.

- (4) Een olie- en gasonderneming kan niet de bestaande vraag naar fossiele brandstoffen beïnvloeden, want die vraag hangt samen met beslissingen waarover een onderneming geen enkele controle kan uitoefenen, zoals de vraag welke voertuigen en apparaten mensen (mogen) aanschaffen, hoe ze hun woning verwarmen, etc. Slechts de staat kan dat type beslissingen beïnvloeden en daarvoor aanvaardbare kaders scheppen, zodat mensen niet in de kou komen te zitten, werkeloos worden of geïsoleerd raken.

VIII. Ontvankelijkheid

VIII.1 Hoewel Milieudefensie toegeeft dat “[o]f *bundeling* [van de bij de vordering betrokken belangen, advocaat] *mogelijk is, mede afhangt van de aard van de vordering*”⁴⁵, betoogt zij toch dat de “*individuele belangen van de inwoners van Nederland en het Waddengebied ruim voldoende gelijksoortig zijn.*”⁴⁶ Dat betoog faalt echter om vier redenen: (1) de individuele belangen zijn inherent tegenstrijdig, (2) een private onderneming kan, zoals in paragraaf VII betoogd, in een algemeen belang-actie niet op een lijn worden gesteld met de staat, (3) onzekere toekomstige belangen kunnen in deze procedure niet als gelijksoortig aangemerkt te worden, en (4) Milieudefensie is niet representatief voor de belangen waarover het hier gaat. Hieronder is dit verder uitgewerkt:

- (1) De aard van de vordering betreft emissiereductie door de gebruikers van Shell-producten afgedwongen via een aanbodsbeperking opgelegd aan Shell. De belangen waarom het in deze zaak draait zijn derhalve niet “*klimaatbelangen*,” zoals Milieudefensie suggereert, maar de belangen die samenhangen met de vorderingen, dus met doorgedreven mitigatie door Shell en de gebruikers van brandstoffen van Shell (waardoor ook de belangen van gebruikers van petrochemische stoffen die uit petroleum worden gewonnen, in het geding zijn).⁴⁷ Die belangen zijn

⁴⁵ Idem, positum 1423.

⁴⁶ Idem, positum 1425.

⁴⁷ De vergelijking die Milieudefensie maakt met het Urgenda-arrest loopt ook in dit opzicht mank: dat de belangen van de ingezetenen van Nederland bij het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering voldoende gelijksoortig zijn bevonden, betekent geenszins dat de belangen van degenen die benadeeld worden door een vordering tot emissiereductie door een onderneming (welke reductie door de gebruikers van de producten van die onderneming zou moeten worden gerealiseerd) ook gelijksoortig zouden zijn.

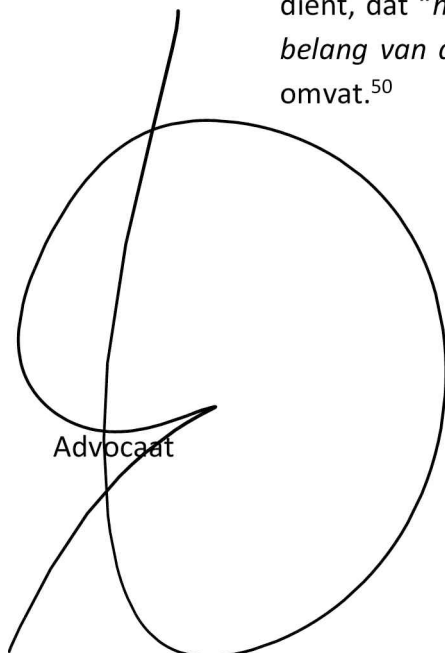
niet gelijksoortig maar inherent tegenstrijdig, want een kleine groep burgers zou verheugd zijn, maar veel burgers zouden economisch hard geraakt worden door de gevorderde mitigatie (even aangenomen dat het bevel effectief is en niet door bijvoorbeeld een “spin-off” eenvoudig kan worden omzeild) en de impact op de omgeving en het milieu zou aanzienlijk zijn (denk aan nog meer wind turbines, biomassa-centrales, schade aan de natuur, afval, etc.).

- (2) Milieudefensie leunt sterk op het Urgenda-arrest om te betogen dat de door haar vertegenwoordigde belangen gelijksoortig zijn, maar vergeet dat een algemeen belang-actie tegen een private onderneming iets geheel anders is dan dezelfde actie tegen de staat. Bij een algemeen belang-actie tegen de staat zijn de vertegenwoordigde belangen veel eerder gelijksoortig, juist omdat de staat de mogelijke belangenconflict gemakkelijk kan oplossen, althans verzachten. Bijvoorbeeld, de staat kan de betaalbaarheid en leveringszekerheid veiligstellen door compenserende maatregelen. Een private onderneming kan dat niet, waardoor de door de vordering geraakte belangen, zoals leveringszekerheid en betaalbaarheid, tot de *“gelijksoortige belangen van andere personen”* in de zin van artikel 3:305a BW behoren en het belangenconflict in de door de Milieudefensie ingestelde vordering “ingebakken” zit.
- (3) Milieudefensie geeft zelf toe dat zij onzekere toekomstige belangen vertegenwoordigt waar zij schrijft dat *“[a]ls de omstandigheden in de periode tot 2030 desondanks zodanig zouden wijzigen dat van Shell een lagere of zelfs geen CO2-reductie kan worden verlangd om de klimaatdoelstellingen te halen, dan zou dat ertoe kunnen leiden dat het bevel in zoverre komt te vervallen.”*⁴⁸ Onzekere toekomstige belangen zijn echter niet de gelijksoortige belangen van andere personen waarop artikel 3:305a BW ziet, ook al niet omdat het onduidelijk is of de betwiste CO2-emissies in de toekomst onrechtmatig zullen zijn.⁴⁹

⁴⁸ Schriftelijke toelichting Milieudefensie, positum 820.

⁴⁹ Uw Raad heeft in HR 21 december 2001, NJ 2002, 217, rov. 3.3. als volgt overwogen: *“Niettemin kunnen aspecten van de onrechtmatigheid wel een rol spelen bij de vraag in hoeverre VJV c.s. ontvankelijk zijn in hun vorderingen. Met name voor zover het gaat om de in dit geding gevorderde verklaringen voor recht dat handelingen die nog niet zijn verricht, maar die de Staat naar de stellingen van VJV c.s. in de toekomst zou kunnen verrichten, als onrechtmatig moeten worden aangemerkt, zal moeten worden getoetst of zij*

- (4) Milieudefensie is niet representatief voor de belangen die in deze zaak aan de orde zijn. De belangen van de gebruikers van de producten van Shell worden in deze procedure niet vertegenwoordigd door Milieudefensie en M&M kan slechts ten dele daarin voorzien. Milieudefensie kan zelfs niet eens de belangen van haar eigen leden in deze zaak naar behoren vertegenwoordigen, omdat de belangen van het milieu niet gediend zijn met deze klimaatzaak, hetgeen ook betekent dat deze zaak niet het statutaire doel van Milieudefensie dient, dat *“het oplossen en voorkomen van milieuproblemen”* en *“het belang van de kwaliteit van het milieu, de natuur en het landschap”* omvat.⁵⁰



aantal woorden: 7.821

op zodanige wijze zijn geformuleerd dat in alle daardoor bestreken gevallen sprake is van onrechtmatigheid. Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarvan in dit geding wordt gevorderd deze verboden te verklaren, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven. Opmerking verdient hierbij dat het niet tot de taak van de rechter behoort een vordering zodanig te herformuleren dat zij uitsluitend ziet op handelingen die onder alle omstandigheden als onrechtmatig moeten worden beschouwd.”

⁵⁰ Artikel 3 lid 1 statuten Vereniging Milieudefensie: *“De Vereniging stelt zich ten doel een bijdrage te leveren aan het oplossen en voorkomen van milieuproblemen en het behoud van cultureel erfgoed, alsmede te streven naar een duurzame samenleving dit alles op mondiaal, landelijk, regionaal en lokaal niveau, in de meest ruime zin en een en ander in het belang van de kwaliteit van het milieu, de natuur en het landschap in de meest ruime zin voor huidige en toekomstige generaties.”*