

Rechtbank Den Haag
Zittingen van 1, 3, 15 en 17 december 2020
Zaaknummer: C/09/571932 19/379

PLEITAANTEKENINGEN:
RECHTSVORMENDE TAAK RECHTER
15 DECEMBER 2020

van mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, mr. N.H.
van den Biggelaar en mr. D. Horeman

inzake:

MILIEUDEFENSIE C.S. /
ROYAL DUTCH SHELL PLC

1 INLEIDING

1. De vorderingen van Milieudefensie c.s. dwingen de rechter om zich, bij toewijzing, te begeven op het terrein van politieke keuzes over het energiesysteem. Dat is niet de rol van de burgerlijke rechter, ook niet in een geschil tussen twee private partijen. Dat lichten wij nu toe aan de hand van de volgende aspecten:
 - Shell heeft geen systeeminvloed op de wereldwijde energietransitie. De rol van Shell is afhankelijk van de keuzes van vele andere spelers in dat systeem. Wat Milieudefensie c.s. van Shell verlangt zou alleen zinvol zijn als het systeem zelf verandert. Dat kan Shell niet zelf bewerkstelligen en dat vergt bovendien grote keuzes over de inrichting van de samenleving (onderdeel 2).
 - Wetgevers en andere politieke organen hebben die keuzes aan zich getrokken: zij maken beleid over de inrichting van het energiesysteem en de energietransitie. Dat is volop gaande, maar wat in elk geval blijkt is dat zij keuzes maken die in

belangrijke mate afwijken van wat Milieudefensie c.s. van Shell verlangt (onderdeel 3).

- Zou de rechter wel op al die keuzes een voorschot nemen in dit geval, dan roept dat rechtsonzekerheid in het leven (onderdeel 4).
- Die rol komt de rechter niet toe, niet in het algemeen, en ook niet met toepassing van een open norm. De door Milieudefensie c.s. verlangde keuzes gaan de rechtsvormende taak van de rechter te buiten (onderdeel 5).

2 ROL VAN SHELL IN DE CONTEXT VAN HET ENERGIESYSTEEM: WAT MILIEUDEFENSIE C.S. VAN SHELL VERLANGT VERGT EEN SYSTEEMVERANDERING

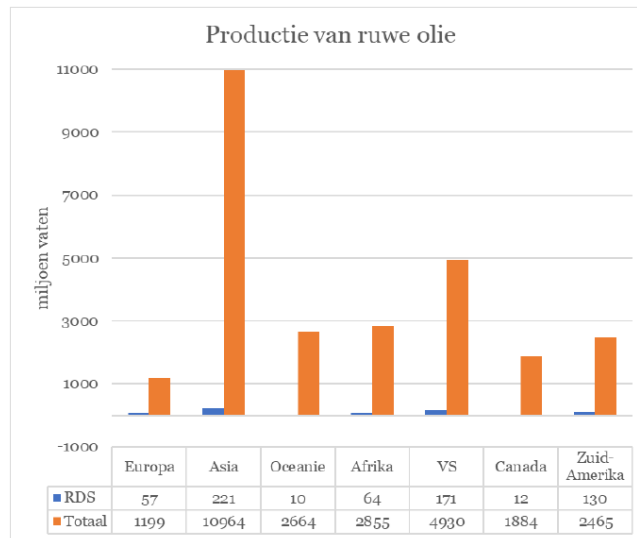
2. In de eerste plaats doet Milieudefensie c.s. voorkomen alsof Shell een hele grote speler is op de wereldmarkt van energieproducten. Zij suggereert dat Shell door het drastisch wijzigen van haar activiteiten (en die van haar klanten) wezenlijke invloed heeft op klimaatverandering, veroorzaakt door CO₂-emissies. Uit het Mulder-rapport blijkt dat deze beeldvorming geen recht doet aan de werkelijkheid:¹

"4.5 Positie van Shell in mondiale olie- en gas markten

Het aandeel van Shell in de mondiale productie aan ruwe olie is ongeveer 2%, terwijl het aandeel van Shell in de mondiale bewezen en winbare reserves aan ruwe olie ongeveer 0,25% is (Figuur 4.6). Bij aardgas is het aandeel van Shell in het mondiale aanbod een fractie hoger: bij productie is het aandeel 3% en bij de mondiale reserves 0,5% (Figuur 4.7)."

Dat illustreert hij met grafieken als deze:

¹ **Productie RK-35**, Mulder rapport, par. 4.5, p. 75 en 77.



3. De rol van Shell in het wereldwijde energiesysteem is dan ook veel beperkter dan Milieudefensie c.s. suggereert. Shell heeft geen systeeminvloed op de energietransitie.
4. Maar los van dat gegeven, heeft RDS er in het openingspleidooi op gewezen dat Shell als enkele private partij het wereldwijde energiesysteem niet eigenhandig kan veranderen, maar moet opereren binnen dat systeem. Milieudefensie c.s. erkent dat inmiddels uitdrukkelijk: "[i]edereen is van elkaar afhankelijk om de doelstellingen te kunnen verwezenlijken".²
 - (a) Keuzes van afnemers zijn voor verandering van het energiesysteem noodzakelijk, waaronder de keuze hoeveel energie zij verbruiken: kopen zij bijvoorbeeld energiezuinige producten en beperken zij hun energieverbruik door bijvoorbeeld minder de auto te gebruiken? Kopen zij een auto die gebruik maakt van een waterstofcel, rijden zij elektrisch of houden zij hun benzine- of dieselauto? En als zij kiezen voor een energieproduct met koolstof, nemen zij dan maatregelen om CO₂-emissies af te vangen of te compenseren?

² Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 80.

- (b) Investeren fabrikanten van bijvoorbeeld auto's, schepen en vliegtuigen in energiezuinige technologie en technologie die schone brandstoffen kan gebruiken?
 - (c) Welke keuzes worden gemaakt, in het bijzonder door Staten, aan de aanbodzijde en de vraagzijde van de energiemarkt? En in welke mate dwingen zij beperking van het energieverbruik af?
5. Toch houdt Milieudefensie c.s. vast aan de gedachte die onder haar gehele betoog ligt: Shell moet procentueel dezelfde reductie in CO₂-emissies in 2030 bereiken dat in een scenario – niet: in enige bindende afspraak of het enige mogelijke scenario – is gesuggereerd voor de wereld *als geheel*.³ Daarbij moet RDS, aldus Milieudefensie c.s., bovendien instaan voor alle Shell vennootschappen en ook voor de emissies door eindgebruikers van hun energieproducten (scope 3). Milieudefensie c.s. spreekt RDS dus aan om over alle 1.100 vennootschappen in haar hele groep, die in vele tientallen landen actief is, niet alleen *te bevorderen* dat zij bewegen naar reductie van CO₂-emissies, zij eist een "*reductieverplichting*" (petitum 1(a)) en vordert dat RDS die emissies in 2030 "*heeft vermindert of heeft doen verminderen*" (petitum 1(b)). En dat gaat niet alleen over de ongeveer 15%⁴ scope 1 en 2 CO₂-emissies van die dochtervennootschappen, maar ook om de 85% scope 3 emissies, althans als dat is wat Milieudefensie c.s. bedoelt met haar vage term "*aan [...] energiedragende producten van de Shell groep verbonden CO₂-emissies*". Milieudefensie c.s. beoogt, kortom, om RDS verantwoordelijk te maken voor een maatschappelijke energietransitie.
6. Milieudefensie c.s. meent blijkens het petitum dat RDS geheel en onvoorwaardelijk verantwoordelijk kan worden gemaakt voor de reductie van CO₂-emissies. Daarbij gaat zij niet alleen voorbij aan het ontbreken van een juridische basis daarvoor, maar ook aan de zeer wezenlijke keuzes die overheden moeten maken en waar bedrijven en

³ Dagvaarding, hoofdstuk XI.2.

⁴ CvA, randnummer 429 en **Productie RK-32(c)**, Shell 16 april 2020, Responsible Investment Annual Briefing, Slides slide 15.

consumenten bij kunnen helpen; stappen die de maatschappij als geheel zet.

- (a) Welke mate van energieverbruik wordt toegestaan: dwingt de overheid bijvoorbeeld tot het renoveren en isoleren van woningen, het overstappen naar energiezuinig vervoer of beïnvloedt zij gebruik van energie door belastingen en subsidies?
- (b) Faciliteert de Staat dat zonder CO₂-emissie in die gehele energiebehoefte wordt voorzien, bijvoorbeeld door de benodigde vergunningen en subsidies te verlenen en infrastructuur aan te leggen zoals pijpleidingen voor waterstof? Of voorzien wij grote delen van de kust van windmolens, ondanks het verzet dat blijkt het rapport van de Raad van State nogal fel is? Of leggen wij zonneparken aan in agrarisch gebied, die ook tegenstand treffen?
- (c) Als CO₂-emissies ontstaan, is het dan aan de eindgebruiker om die te compenseren of af te vangen en op te slaan (CC(U)S)?
- (d) En wat als na deze keuzes een behoefte aan energie resteert die niet CO₂-neutraal is? Mag een energiebedrijf dan in de eventueel resterende energievraag voorzien met olie, gas of andere energiebron waaraan CO₂-emissies zijn verbonden?
 - (i) Zo ja, wie is dan die energieproducent die mag leveren? Wordt dit aan marktwerking gelaten, zodat een totaal budget wordt bepaald dat vervolgens door de markt kan worden verdeeld? Of worden energieproducenten afgerekend op het aandeel dat zij in 2019 hadden, zoals Milieudefensie c.s. blijkt het petitum verlangt?
 - (ii) Zo nee, wie is dan degene aan wie "nee" moet worden verkocht? De Nederlandse Staat die in een conflictsituatie de F-35 gevechtsvliegtuigen inzet die

nog nieuw worden geleverd⁵, of de fregatten op diesel⁶ die in de loop van dit decennium geleverd zullen worden? Een gasgestookte elektriciteitscentrale zonder CC(U)S in een land dat met die centrale een oude en meer vervuilende kolencentrale heeft kunnen sluiten? Gezinnen die hun woning vanwege de kosten nog niet hebben geïsoleerd en niet hun cv-ketel op gas hebben vervangen? De organisator van vliegvakanties naar Tenerife?

7. Op dat soort vragen zijn geen eenvoudige antwoorden. Milieudefensie c.s. meent die vragen klaarblijkelijk te kunnen negeren omdat Staten afspraken hebben gemaakt waaruit kan worden afgeleid dat zij een beperking van de temperatuurstijging *willen* bereiken, en in ontwikkelingslanden mensen die zijn afgesloten van energie toegang willen geven en hopen dat te kunnen doen met energiebronnen zonder CO₂-emissies. Door te blijven steken op een hoog-over betoog met nadruk op emissiebeperking op wereldschaal, wil Milieudefensie c.s. blijkbaar de werkelijk ingewikkelde vragen ontwijken over hoe dat kan worden bereikt, hoe waarschijnlijk het is dat dat wordt bereikt, en wat te doen als de wereld zich anders ontwikkelt. Die luxe hebben beleidsmakers niet. De rechter kan de ogen niet sluiten voor deze fundamentele vragen. Als de rechter zou ingrijpen op de wijze die Milieudefensie c.s. wil, dan liggen daaraan onvermijdelijk fundamentele keuzes ten grondslag over de ordening van het wereldwijde energiesysteem en de plaats van een individuele private energieproducent als Shell in dat systeem.
8. En het antwoord op wezenlijke vragen en keuzes in het energiesysteem is ook niet, zoals Milieudefensie c.s. wil, dat de last om de emissies te beperken als harde – door de rechter uitgesproken – verplichting op RDS wordt gelegd en dat RDS vervolgens maar moet uitzoeken hoe die keuzes gemaakt moeten worden. Het energiesysteem is precies dat – een systeem – en sleutelen aan een onderdeel van dat systeem gaat niet zonder rekenschap te geven van

⁵ Zie <https://www.defensie.nl/actueel/nieuws/2019/10/08/nederland-koopt-extra-f-35-jachtvliegtuigen> (laatst geraadpleegd op 8 december 2020).

⁶ Zie <https://www.defensie.nl/actueel/nieuws/2020/06/24/nieuw-fregat-wordt-schrik-onderzeeboten> (laatst geraadpleegd op 8 december 2020).

hoe dat onderdeel in het grotere geheel past. Dat zijn geen keuzes die private partijen passen, maar vragen van marktordening die aan de overheid zijn.

9. RDS heeft al vaker opgemerkt dat zo'n 85% van de CO₂-emissies die Milieudefensie c.s. op de korrel heeft, niet scope 1 en 2 emissies zijn van Shell, maar emissies door eindgebruikers.⁷ Milieudefensie c.s. heeft niet onderbouwd waarom het reduceren van deze emissies, die afhankelijk zijn van allerlei keuzes die eindgebruikers zelf maken, de verantwoordelijkheid van RDS zou zijn. Zij werkt ook niet uit hoe die eventuele reductie door RDS andere deelnemers in het energiesysteem zou raken, terwijl zo een afweging wel nodig zou zijn.⁸ Staten voeren ook heel uitdrukkelijk beleid om eindgebruik te reguleren en ontwikkelen dat beleid op dit moment nader met het oog op klimaatdoelen.⁹
10. Milieudefensie c.s. gaat ook in andere opzichten eraan voorbij dat de overheden in vele landen belangrijke afwegingen te maken hebben. Zoals onder meer professor Mulder vermeldt, geven overheden bijvoorbeeld exploratie- en exploitatievergunningen uit en participeren zij zelfs naast de energiebedrijven, onder meer om de zekerheid over de opbrengsten voor de staat te verhogen.¹⁰ Wij wezen eerder op de reactie van minister Wiebes in antwoord op een kamerlid dat vroeg of hij meent dat het verlenen van nieuwe licenties voor olie- en gasproductie haaks staat op de klimaatdoelen: "[n]ee, zoals toegelicht in het antwoord op vraag 4 is aardgas de komende tijd nog noodzakelijk om aan de energievraag te voldoen en is productie uit eigen land beter voor het klimaat".¹¹ Voor landen is het van strategisch belang om niet volledig van andere landen afhankelijk te zijn voor de eigen energiebehoefte, zoals bijvoorbeeld het verdrag genaamd *Overeenkomst inzake een Internationaal Energieprogramma* ook

⁷ CvA, randnummer 429.

⁸ Pleitaantekeningen RDS Deel I, onderdeel 3.3.

⁹ Pleitaantekeningen RDS Deel I, onderdeel 7.

¹⁰ **Productie RK-35**, het Mulder-rapport, p. 15-16.

¹¹ *Handelingen II 2020-2021*, 17355, 740, antwoord minister Wiebes op vragen het lid Van Raan over de klimaatplannen van olie- en gasbedrijven van 10 november 2020.

expliciet bepaalt,¹² waarbij het Verdrag inzake het Energiehandvest nog eens onderstreept de "*state sovereignty and sovereign rights over energy resources*" en "[e]ach state continues to hold in particular the rights to decide the geographical areas within its Area to be made available for exploration and development of its energy resources, the optimalization of their recovery and the rate at which they may be depleted or otherwise exploited".¹³ Energieverdragen laten er dus geen misverstand over bestaan dat *energy security* belangrijk is, en dat exploitatie van energiebronnen een soevereine kwestie is. Maar als de VS of Canada dan onafhankelijk wil zijn van energiebronnen uit het buitenland en daartoe energiebronnen in eigen land wil aanwenden, zou dat dan onrechtmatig zijn? En, niet onbelangrijk, er zijn grote producerende landen die voor een belangrijk deel van hun economie afhankelijk zijn van de export van fossiele brandstoffen en andere natuurlijke grondstoffen, zoals Saoedi-Arabië, Koeweit en Rusland. Het is dan in de eerste plaats niet duidelijk wat Milieudefensie c.s. wil bewerkstelligen, want een eventuele veroordeling zal die productie niet stoppen maar zorgen dat andere partijen de plaats van Shell overnemen. Maar ten tweede: als dat anders zou zijn, dan is daarmee direct gegeven dat de beslissing het beleid van vreemde Staten zou doorkruisen. RDS wijst erop dat de Overeenkomst van Parijs niet voor niets de specifiek te nemen maatregelen aan de staten overlaat en spreekt over "*gezamenlijke, doch verschillende, verantwoordelijkheden*".¹⁴ Hoe precies invulling te geven aan de onderscheiden belangen die spelen is aan die staten, en niet aan de (Nederlandse) rechter.¹⁵

¹² *Tractatenblad* 1975, 47 zoals later gewijzigd, artikel 41 lid 1 ("*The Participating Countries are determined to reduce over the longer term their dependence on imported oil for meeting their total energy requirements*").

¹³ *Tractatenblad* 1995, 108, artikel 18.

¹⁴ Artikel 4 lid 2 Overeenkomst van Parijs spreekt van "*nationally determined contributions*".

¹⁵ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693 (*Kernwapens*), r.o 3.3 sub C.

3 WETGEVERS EN ANDERE POLITIEKE ORGANEN HEBBEN DIE KEUZES AAN ZICH GETROKKEN EN ZIJ MAKEN KEUZES DIE FUNDAMENTEEL AFWIJKEN VAN WAT MILIEUDEFENSIE C.S. WIL, EN VELE KEUZES ZIJN NOG ONZEKER

11. In het openingspleidooi hebben wij uitgebreid stilgestaan bij politieke initiatieven, wetgevingsprocessen in het bijzonder, die erop zijn gericht om het energiesysteem te ordenen en de energietransitie vorm te geven. In de woorden van de Nederlandse regering over de energietransitie: "*Met keuzes ten aanzien van ordening en regulering bepaalt de Rijksoverheid het speelveld en de spelregels voor publieke en private partijen*".¹⁶ Een veroordeling van RDS individueel zou dat wetgevingsproces doorkruisen.
12. Op Europees niveau speelt daarbij ook het EU ETS een rol. De EU-wetgever ziet dat EU ETS als "*de hoeksteen van het klimaatbeleid van de Unie*", zoals in het openingspleidooi (deel B) gezegd.¹⁷ Die regeling en de hele gedachte daarachter staan op gespannen voet met de vordering die Milieudefensie c.s. voorlegt. Het is nuttig om daarbij stil te staan, omdat het illustreert hoe de kwestie waarom de vordering draait een keuze op stelselniveau betreft, en omdat regulering als deze ook overigens in de weg staat aan het toewijzen van de vordering. Door het EU ETS gereguleerde CO₂-emissies zijn, kort gezegd, door de overheid aan Shell (en andere deelnemers aan het EU ETS) "vergund", rekening houdend met een lineaire CO₂-emissiereductie op Unieniveau.¹⁸ Het daarbij voorziene emissieplafond daalt in lijn met de doelstellingen voor de EU op grond van de Overeenkomst van Parijs. Zoals in het openingspleidooi is aangegeven, zullen die doelstellingen worden aangescherpt en zullen ook het emissieplafond en de beperking daarvan nog daarop moeten worden aangepast.
13. De "hoeksteen" van die regulering is het bepalen van een totaal CO₂-emissieplafond voor de grote industrie in de EU. Om de grote industrie

¹⁶ **Productie RO-266**, Klimaatplan 2021-2030, p. 37.

¹⁷ Overweging 6 van Richtlijn EU 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van de kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814.

¹⁸ Zie ook CvA, onderdeel 7.2.3.

te bewegen tot die transitie, is een raamwerk bedacht dat op een groot deel van de industrie van toepassing is. Voor dat deel van de industrie geldt in de EU vervolgens een plafond (artikel 9 richtlijn 2003/87). Dat plafond wordt jaarlijks verlaagd. Op die manier wordt de uitstoot gereduceerd in een tempo dat in lijn ligt met het tempo dat de EU, indachtig de UNFCCC en de Overeenkomst van Parijs, beoogt. Dat is in de Europese Raad vastgesteld.¹⁹ De *nationally determined contribution* van de EU onder de Overeenkomst van Parijs is dienovereenkomstig ingediend.

14. Het EU ETS is vervolgens aangescherpt en in de aanpassingsrichtlijn is overwogen:²⁰

"De Europese Raad van oktober 2014 heeft toegezegd de totale broeikasgasemissies van de Unie in 2030 met ten minste 40 % te zullen hebben verminderd ten opzichte van 1990. Alle economische bedrijfstakken dienen bij te dragen aan het behalen van die emissiereducties en de doelstelling zal op de meest kosteneffectieve wijze worden bereikt via het systeem van de Europese Unie voor de handel in emissierechten (EU Emission Trading System, 'EU-ETS'), met in 2030 een vermindering met 43 % ten opzichte van 2005. Dat is bevestigd in de voorgenomen nationaal bepaalde reductietoezegging van de Unie en haar lidstaten die op 6 maart 2015 bij het secretariaat van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering (United Nations Framework Convention on Climate Change, 'UNFCCC') is ingediend."
(onderstreping toegevoegd, advocaten).

15. Hoe de emissierechten die het plafond nog toelaat worden toegekend en geveild en zo worden verdeeld tussen verschillende spelers op de markt, is vervolgens een kwestie van marktordening en economische efficiëntie. Er worden emissierechten toegekend via een daartoe ontworpen systeem. Dit systeem is er op ingericht om niet alleen aan

¹⁹ Conclusies Europese Raad 23 en 24 oktober 2014, EUCO 169/14, beschikbaar op <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-169-2014-INIT/nl/pdf> (laatst geraadpleegd op 14 december 2020).

²⁰ Overweging 2 van Richtlijn EU 2018/410 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2018 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG ter bevordering van de kosteneffectieve emissiereducties en koolstofarme investeringen en van Besluit (EU) 2015/1814.

CO₂-reductiedoelstellingen bij te dragen, maar dat ook te doen op een gebalanceerde wijze om "*koolstofweglekrisico ten gevolge van het klimaatbeleid tegen te gaan*", dus te voorkomen dat wat in de EU wordt gereduceerd elders wordt uitgestoten. Belangen als "*planningszekerheid, wat investeringsbeslissingen betreft*" worden bij het verdelingsmechanisme van emissierechten vermeld. En: "[h]et is een essentiële prioriteit van de Unie om een veerkrachtige energie-unie tot stand te brengen om haar burgers en bedrijfstakken betrouwbare, duurzame, concurrerende en betaalbare energie te verstrekken".²¹

16. Shell is voor een belangrijk deel van haar activiteiten in de EU onderworpen aan dat systeem, bijvoorbeeld voor olieraffinage. Voor veel industriële afnemers geldt hetzelfde, bijvoorbeeld staalfabrikanten en de chemische industrie.²²
17. Toewijzing van de vorderingen zou dat systeem doorkruisen. Milieudefensie c.s. betoogt immers dat op Shell als privaat energiebedrijf de verplichting rust om haar CO₂-emissies en de emissies door de eindgebruikers die bij haar afnemen, terug te brengen met een specifieke factor ten opzichte van die CO₂-emissies in het verleden. Milieudefensie c.s. wil bereiken dat Shell wordt gebonden aan een bepaalde reductie, zelfs als Shell en haar klanten emissierechten hebben om de uitstoot te verrichten. Maar dat is niet het systeem dat de wetgever voor ogen staat: dat systeem gaat uit van een plafond op totale emissies maar laat de verdeling van de aldus bepaalde emissierechten over aan de markt en sluit dus niet uit dat een bepaalde partij evenveel emissierechten, of meer, heeft dan zij had, als andere partijen die emissierechten niet (meer) hebben. De Europese wetgever heeft een gebalanceerd systeem opgezet om emissies tot een bepaald totaal maximum voor alle activiteiten die onder het EU ETS vallen te vergunnen. Voor zover de emissies van Shell vallen onder het EU ETS zal een door Milieudefensie c.s. afgedwongen reductie van die emissies het EU ETS doorkruisen en

²¹ *Ibid*, overwegingen 5 en 6.

²² Richtlijn 2003/87, Bijlage 1.

daarmee strijdig zijn, en bijvoorbeeld Quebec en Californië kennen een soortgelijke "*cap and trade* regeling".

18. Het gevolg zal bovendien zijn dat andere partijen in het gat springen, zoals professor Mulder heeft aangetoond,²³ en dat zou ook buiten de Unie kunnen zijn zodat alsnog "*carbon leakage*" optreedt zoals het EU ETS die wil vermijden.
19. De Europese Commissie heeft onlangs voorgesteld het EU ETS uit te breiden en aan te scherpen, zoals in het openingspleidooi (in deel B) al werd toegelicht. Aanscherpen, door het totale plafond verder en sneller te verlagen. Uitbreiden, door een groter deel van de industrie onder de reikwijdte te brengen. Milieudefensie c.s. lijkt overigens te erkennen dat zelfs in haar visie het EU ETS dan in lijn zal zijn met de doelen van de Overeenkomst van Parijs.²⁴ Ook dat aldus herziene systeem wordt dus op voorhand door de vorderingen doorkruist.
20. Ter afronding van deze opmerkingen over het EU ETS: dit laat niet alleen zien dat Milieudefensie c.s. dat systeem zou doorkruisen. Het gaat verder dan dat. Het laat ook zien dat de aannames die ten grondslag liggen aan de vorderingen van Milieudefensie c.s. niet voor de hand liggen, en in elk geval keuzes vergen door de politiek, de wetgever in het bijzonder. Milieudefensie c.s. heeft niet eens gesteld dat wetgevers elders een systeem voor ogen hebben dat zonder meer – zoals Milieudefensie c.s. wil – een wereldwijde reductie van CO₂-emissies één-op-één toepast op individuele private energiebedrijven zoals Shell.
21. De politiek, meer in het bijzonder de wetgever, heeft ook in andere opzichten de regulering van de energietransitie aan zich getrokken, ook waar het gaat om de positie van partijen zoals Shell. De snelheid van de emissiereductie door partijen zoals Shell ten opzichte van andere partijen is zo een keuze. Als de samenleving in een bepaald land eenmaal een doelstelling heeft voor reductie van CO₂-emissies, dan moet worden bepaald waar de benodigde acties worden genomen en wanneer. Milieudefensie c.s. doet voorkomen alsof Shell gewoon

²³ Productie RK-35, het Mulder-rapport, par. 6-7.

²⁴ Pleitnotitie 4 Milieudefensie c.s., randnummer 67.

het "mondiaal te hanteren emissiereductiescenario [...] zal moeten volgen", dus hetzelfde moet doen als de wereld als geheel.²⁵ Maar er is niet zoiets als een weg die voor elk land en elke private partij in de wereld hetzelfde is. De concrete onderbouwing voor de gedachte van Milieudefensie c.s. ontbreekt dan ook geheel. De politiek kan op goede gronden besluiten dat een gewenste reductie van emissies wordt bewerkstelligd door eerst andere sectoren aan te pakken dan de sectoren waarin Shell actief is. Wordt eerst het landgebruik aangepakt? Worden kolencentrales per ommegaande en allemaal gesloten omdat steenkool CO₂-intensiever is dan andere energiebronnen? Een illustratie dat dergelijke opties werkelijk voorliggen bij wetgevers is eenvoudig te geven.

- (a) Het IEA NZE2050 scenario voorziet juist op het gebied van kolencentrales zonder CCS een hele significante reductie in de periode tot 2030 (arcering toegevoegd, advocaten):²⁶

CO₂ emissions from the power sector decline by around 60% in the NZE2050 between 2019 and 2030. Worldwide annual solar PV additions in the NZE2050 expand from 110 GW in 2019 to nearly 500 GW in 2030, while virtually no subcritical and supercritical coal plants without CCUS are still operating in 2030. The share of renewables in global electricity supply rises from 27% in 2019 to 60% in 2030 in the NZE2050, and nuclear power generates just over 10%, while the share provided by coal plants without CCUS falls sharply from 37% in 2019 to 6% in 2030. Power sector

- (b) De klimaatambitie voor de EU legt ook prioriteit bij emissiereductie uit kolen ten opzichte van olie en gas in de periode tot 2030:²⁷

Het bereiken van een vermindering van de broeikasgasemissies met 55 % zou leiden tot een nieuwe en groenere energiemix. Tegen 2030 zou het steenkoolverbruik met meer dan 70 % dalen ten opzichte van 2015, en het olie- en gasverbruik met respectievelijk meer dan 30 % en 25 %. Het aandeel hernieuwbare energie zal daarentegen toenemen. Tegen

- (c) In de kamerbrief van 8 maart 2019 schrijft de Nederlandse regering het volgende:²⁸

"Aanscherping wetsvoorstel verbod op kolen

²⁵ Akte toelichting eiswijziging Milieudefensie c.s., randnummer 9.

²⁶ **Productie RK-36**, IEA, World Energy Outlook 2020, p. 123.

²⁷ **Productie RO-267**, COM (2020) 562 (Klimaatdoelstellingsplan 2030), p. 10.

²⁸ *Kamerstukken II* 2018-2019, 32 813, nr. 303.

Op 18 mei 2018 heb ik uw Kamer geïnformeerd over een voorgenomen verbod op het gebruik van kolen als brandstof voor de productie van elektriciteit (Kamerstuk 30 196, nr. 600). Een wetsvoorstel moet er toe leiden dat er per 1 januari 2030 geen kolen meer gebruikt worden voor de productie van elektriciteit. Hiermee wordt verzekerd dat het verbod op kolen voor elektriciteitsproductie de maximale bijdrage levert aan de ambitie uit het regeerakkoord van 49% CO₂-reductie in 2030." (onderstreping toegevoegd, advocaten).

- (d) Daarbij geldt dat de meeste scenario's een belangrijke rol toekennen aan duurzame energiebronnen voor de elektriciteitsopwekking, maar ook dat in de transitiefase een belangrijke rol toekomt aan gas. Duidelijk is bijvoorbeeld dat de *net zero* doelstelling van China in 2060 alleen kan worden ingevuld door kolencentrales te sluiten en een deel daarvan om te bouwen tot gasgestookte centrales.²⁹ Als Shell dat gas zou gaan leveren, dan gaan de emissies van Shell omhoog, ook de scope 3 emissies. Gas is echter schoner dan kolen: het door Shell geleverde gas met de bijbehorende hogere emissies van Shell wordt dan ingezet om te bewerkstelligen dat de totale emissies per saldo omlaag gaan omdat minder kolen worden verstoekt die CO₂-intensiever zijn dan gas. Is dat onzorgvuldig of levert dat een bijdrage aan de klimaatdoelstelling van China? En als partijen als Shell dat gas niet mogen leveren, dan worden de politieke keuzes die China maakt doorkruist. Het voorbeeld gaat over China, maar dezelfde afweging speelt natuurlijk ook in andere landen met aanzienlijke opwekking van elektriciteit door kolen, zoals Polen en Indonesië. Dat betekent dus ook dat de mondiale emissiereducties die Milieudefensie c.s. nu en in 2030 beoogt, niét zomaar toepasbaar zijn op Shell, terwijl Milieudefensie c.s. dat wel vordert.

²⁹ Dit voorbeeld is eerder in het pleidooi toegelicht, bij de bespreking van ambities op 15 december 2020.

22. Er zijn veel meer punten te noemen, zoals concessies die landen nog steeds afgeven, ook Nederland. Om niet nodeloos te herhalen, wordt daarvoor verwezen naar het openingspleidooi.
23. Nieuw is dat Milieudefensie c.s. zelf inmiddels bij pleidooi ook talloze voorbeelden heeft gegeven van beleid dat politiek gevormd wordt, en dat afhankelijk van de te maken keuzes wordt doorkruist door het gebod dat zij vordert. De suggestie van Milieudefensie c.s. dat basale behoeften die met energie worden vervuld minder zwaar wegen dan het tegengaan van klimaatverandering omdat zij "slechts" worden genoemd in een resolutie (SDG) in plaats van een verdrag als de Overeenkomst van Parijs³⁰, verrast. Hoe Milieudefensie c.s. dat kan volhouden is RDS een raadsel nu niet in geschil is dat energie als *basic human need* een noodzakelijke voorwaarde is om in basale menselijke behoeften als toegang tot schoon water, sanitaire voorzieningen, voeding, gezondheid en onderwijs te voorzien.³¹ Het behoeft geen nadere toelichting dat dergelijke basale behoeften ook zijn onderkend in andere verdragen. Maar dat is hier niet de kern. De kern is de vraag hoe de energietransitie vorm te geven, en hoe daarin de positie van private energiebedrijven zoals Shell te zien, en dat vergt afwegingen tussen allerlei belangen. Milieudefensie c.s. wijdt veel woorden aan de gedachte dat het afwenden van klimaatverandering en het verwezenlijken van *sustainable development goals* "een synergetisch geheel" vormen.³² Milieudefensie c.s. wijst dan eerst op algemene verplichtingen die Staten volgens haar zijn aangegaan om emissies te reduceren. En vervolgens legt zij uit dat daarin essentiële keuzes voor staten liggen over de inrichting van het energiesysteem. Dat is dus precies wat Shell bepleit, en wat in de weg staat aan het toewijzen van de vorderingen door de rechtbank.
- (a) Het "*holistisch geheel*" dat Milieudefensie c.s. ontwaart in het behalen van verschillende doelen geldt volgens haar "*mits ze goed en zorgvuldig op elkaar worden afgestemd. Het is de opgave die de landen zich met deze aangenomen resolutie*

³⁰ Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 11.

³¹ CvA, randnummer 50.

³² Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 3.

*hebben gesteld.*³³ Maar kan die afstemming niet vergen dat bijvoorbeeld in de transitie gebruik wordt gemaakt van gas zoals Shell die kan leveren om kolencentrales alvast te sluiten? Milieudefensie c.s. zwijgt erover.

- (b) *"Natuurlijk is het zo", aldus Milieudefensie c.s., "dat de synergie tussen het Parijs Akkoord en de 17 ontwikkelingsdoelen niet vanzelf ontstaat door daar mondiale consensus over te hebben en dit in een VN resolutie vast te leggen. Die synergie moet in de vertaalslag naar de praktijk bewust worden opgezocht. Dat vergt zowel inzicht in de synergie die door verstandige keuzes en doelgericht beleid bereikt kan worden maar vergt ook inzicht in de potentiële uitruil die tussen doelen kan ontstaan als er onverstandige keuzes worden gemaakt".*³⁴ En: *"[a]lle landen moeten beleidskeuzes maken ter bevordering van de synergie tussen de doelen en die zullen verschillen van land tot land, maar deze doen niets af aan de verdragsrechtelijke klimaatdoelstellingen die de landen zijn aangegaan".*³⁵ Ook hier zwijgt Milieudefensie c.s. over hoe de rol van Shell bij die "uitruil" kan zijn, en legt in elk geval niet uit dat dit niet kan inhouden dat Shell in voorkomend geval olie en gas moet blijven leveren.
- (c) Milieudefensie c.s. verwijst naar SDG 7 dat toegang tot energie voor iedereen centraal stelt, maar er ook bij noemt dat het gaat om *"betrouwbare, duurzame"* energie. Milieudefensie c.s. voegt toe dat landen in de resolutie over de SDG aangeven *"dat zij wereldwijd 'kordate en transformerende stappen' willen nemen"*, en dat *"zonder investeringen in duurzame energie en energie-efficiëntie"* niet kan worden bereikt wat zij wil.³⁶ Milieudefensie c.s. noemt dan ook subdoelen zoals het bereiken van energie-efficiëntie om SDG 7 te kunnen bereiken. Zij noemt daar zelf bij dat de benodigde verbetering van die efficiëntie nog niet is bereikt.³⁷ Maar de nu relevante vraag is

33 Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 9.

34 Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 74.

35 Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 76.

36 Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 40-42.

37 Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., voetnoot 21.

dan natuurlijk: als de energie-efficiëntie niet is bereikt en de energiebehoefte dus blijft en die betrouwbare, duurzame energie er op een bepaald moment niet is in de vorm die Milieudefensie c.s. graag ziet, of die niet "*betaalbaar*" is zoals SDG 7 ook noemt, moet de betreffende persoon dan energie worden ontzegd? Nu SDG 7 erop is gericht om toegang tot energie te bereiken, ligt dat niet voor de hand. Milieudefensie c.s. doet er het zwijgen toe als het op die keuze aankomt.

- (d) Milieudefensie c.s. haalt Afrikaanse landen aan die beleid voeren om te proberen iedereen toegang te geven tot energie, en wel direct tot duurzame energie.³⁸ Maar het is verre van zeker dat dergelijk beleid succesvol wordt doorgezet. Sterker nog: Milieudefensie c.s. onderkent: "*ontwikkelingslanden kunnen dat echter niet alleen*".³⁹ Zij wijst erop dat ontwikkelde landen in de Overeenkomst van Parijs onder meer financiële middelen hebben toegezegd aan ontwikkelingslanden, maar laat geheel onvermeld dat die bijstand in de aanloop naar de top in 2021 (COP26) een omstreden punt is, dat bijvoorbeeld opkwam toen het Verenigd Koninkrijk als gastland onlangs de steun terugbracht, waartegen *Friends of the Earth* (de internationale organisatie van Milieudefensie) ingezonden brieven publiceerde.⁴⁰ Bovendien heeft het IEA gerapporteerd dat Afrika in haar ramingen "*a key source of global oil demand growth in our projections*" is.⁴¹

24. Milieudefensie c.s. erkent dus omstandig dat verschillende belangen spelen en dat die in onderling verband moeten worden beschouwd en door landen moeten worden afgewogen. Wat flauw geeft Milieudefensie c.s. het betoog van RDS weer alsof is bepleit dat de belangen "*haaks staan*" op elkaar, of "*tegenstrijdigheid*" bestaat.⁴² Het punt is dat verschillende delen in het energiesysteem op elkaar afgestemd moeten worden en dat, inderdaad, die keuze zo kan

³⁸ Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 60.

³⁹ Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 67.

⁴⁰ The Guardian 24 november 2020, *Aid budget cuts will worsen the climate crisis*, beschikbaar op <https://www.theguardian.com/environment/2020/nov/24/aid-budget-cuts-will-worsen-the-climate-crisis> (laatst geraadpleegd op 11 december 2020).

⁴¹ Pleitnota Deel I RDS, randnummer 29(a) met verwijzingen.

⁴² Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 2 en 28.

uitvallen dat wordt gekozen voor een systeem waarin de emissies van een bepaalde partij minder dalen ten bate van het wereldwijde energiesysteem als geheel. Een voorbeeld noemt Milieudefensie c.s. ook hier zelf. Uit dat kleine voorbeeld blijkt de juistheid van het algemenere punt dat RDS hier naar voren brengt: een wens tot reductie van netto emissies op het niveau van de wereld als geheel valt niet te vertalen naar een harde verplichting van individuele private energiebedrijven om hun scope 1 en 2 emissies (laat staan scope 3 emissies) in hetzelfde tempo te verminderen. Het voorbeeld van Milieudefensie c.s. zelf is het volgende: zij legt uit dat het energieverbruik van de armsten op aarde op dit moment klein is en dat die veelal met hout en biomassa wordt voorzien. *"Dit verbranden van hout en biomassa zorgt voor onnodig veel CO₂-emissies omdat het een ouderwetse en inefficiënte manier van verhitten en koken is. Vergeleken daarmee zijn moderne kooktoestellen op gas bijvoorbeeld veel efficiënter"*, aldus Milieudefensie c.s.⁴³ En in dat kader erkent Milieudefensie c.s. ook nog eens uitdrukkelijk: *"[h]et geven van energietoegang tot de circa 1 miljard armsten in de wereld staat niet in de weg aan het halen van de temperatuurdoelstelling van Parijs, zelfs niet als zij van fossiele energiebronnen zouden worden voorzien"*.⁴⁴ Maar hiermee is onverenigbaar wat Milieudefensie c.s. vordert. Zij levert immers een voorbeeld aan van een, zelfs volgens Milieudefensie c.s. zelf toelaatbare, situatie waarin de scope 3-emissies van een gasproducent toenemen (de emissies die bij verbranding door de eindgebruiker van producten van de gasleverancier vrijkomen, want die gasleverancier levert niet het hout of de biomassa die die mensen eerder verbrandden) maar de wereld daarmee niet slechter af is: de totale CO₂-emissies nemen volgens Milieudefensie c.s. af omdat gas efficiënter is.

25. Wat al deze voorbeelden aantonen, is ten eerste dat Staten belangrijke beleidskeuzes te maken hebben bij het inrichten van de vraag- en aanbodzijde van het energiesysteem.⁴⁵ En ten tweede ook dat het niet juist is om uit te gaan van een statische situatie waarin op een individueel privaat energiebedrijf de verplichting rust om haar

⁴³ Pleitnotitie 5 Milieudefensie c.s., randnummer 49.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Zie uitvoerig Pleitnota Deel I RDS.

CO₂-emissies en de emissies door de eindgebruikers van haar producten, terug te brengen met een specifieke factor ten opzichte van die CO₂-emissies in het verleden. Dat laatste gaat er immers aan voorbij dat de (politieke) keuze gemaakt kan worden om de verdeling van emissies die mogen resteren te verdelen in het kader van toewijzing of verhandeling (zoals in het EU ETS en andere "cap and trade" regelingen zoals in Quebec en Californië). Het gaat er bovendien aan voorbij dat een partij als Shell mogelijk een ander energiebedrijf of het marktaandeel daarvan kan overnemen, en dat het dan niet aangaat om de reductie te verlangen ten opzichte van wat Shell in 2019 was, iets dat Milieudefensie c.s. ten onrechte negeert.⁴⁶ Ook laten de voorbeelden zien dat de stellingname door Milieudefensie c.s. eraan voorbij gaat dat de keuze kan worden gemaakt om scope 3 emissies van het ene energiebedrijf zoals een leverancier van gas niet te laten afnemen of zelfs te doen toenemen, om zo te bereiken dat emissies door anderen – zoals de genoemde kolencentrales of de mensen die stoken op hout en biomassa – worden beperkt.

26. Kortom: de vorderingen van Milieudefensie c.s. doorkruist zowel bestaande wetgeving als keuzes die de politiek, wetgevers in het bijzonder, actief behandelt.

⁴⁶ Zie ook Pleitnota Deel I RDS, randnummer 39(b) met verwijzing.

4 ZOU DE RECHTER WEL OP AL DIE KEUZES EEN VOORSCHOT NEMEN IN DIT GEVAL, DAN ROEPT DAT RECHTSONZEKERHEID IN HET LEVEN, OOK OMDAT DE WETGEVER ANDERE KEUZES MAAKT

27. En als Milieudefensie c.s. te midden van dit alles dan wil dat de rechter uitspreekt dat een individuele private partij wel is gehouden tot specifieke reducties van scope 1, 2 en 3 emissies, wat betekent dat dan voor andere partijen? Die andere partijen kijken vanzelfsprekend primair naar de regelgeving die bestaat, en die verder in ontwikkeling is, om zich daarnaar te kunnen richten. Wij hebben al aangehaald dat onder meer de EU wetgever bij het ETS en de Nederlandse regering bij klimaatplannen uitdrukkelijk aandacht geven aan de noodzaak het speelveld te bepalen, en van voorspelbaarheid van regelingen om private partijen in staat te stellen investeringsbeslissingen te nemen.
28. Toewijzing van de vorderingen zou dat op losse schroeven zetten. De rechtszekerheid is dan in het geding. Afbakening tussen de positie van Shell en die van andere partijen is lastig, en andere partijen weten dus niet waar zij aan toe zijn. Shells scope 3 emissies zijn de scope 1 en scope 2 emissies van andere partijen. Wat geldt voor hen? Het is onwenselijk dat op die wijze rechtsonzekerheid ontstaat.
29. Daar komt nog bij dat een dergelijk oordeel voorbij zou gaan aan overwegingen van overgangsrecht die noodzakelijk deel uitmaken van een wetgevingsproces dat gaandeweg strengere eisen stelt aan allerlei partijen. Onder meer het EU ETS voorziet nu juist in geleidelijke afname van het emissieplafond in voorspelbare stappen. Zo is duidelijk in welk tempo een reductie van emissies gaandeweg wordt verlangd. Dat voorspelbare systeem zou op losse schroeven worden gezet als onrechtmatigheid in het heden wordt aangenomen en door de rechter specifieke reductie in 2030 wordt verlangd van individuele private ondernemingen.

5 DIE ROL KOMT DE RECHTER NIET TOE, NIET IN HET ALGEMEEN, EN OOK NIET MET TOEPASSING VAN EEN OPEN NORM. DE DOOR MILIEUDEFENSIE C.S. VERLANGDE KEUZES GAAN DE RECHTSVORMENDE TAAK VAN DE RECHTER TE BUITEN

30. De fundamentele vraag – ook als er strikt genomen "slechts" toepassing van een open wettelijke norm wordt gevraagd door de rechter – is of werkelijk een rol is weggelegd voor de rechter om de beslissing in de kwestie te nemen en zo het maatschappelijke speelveld vorm te geven. In de woorden van Giesen is "*rechtsvorming gelijk [...] aan 'rechtsvinding in moeilijke(re) gevallen'*".⁴⁷ Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat die rol van de rechter grenzen kent. In de literatuur zijn verschillende gezichtspunten afgeleid uit de rechtspraak.⁴⁸ Jansen en Loonstra halen vervolgens ook rechtspraak aan waarin de Hoge Raad relatief ver is gegaan in zijn rechtsvormende taak. En zij concluderen dan:⁴⁹

"Het lijkt er echter op dat de Hoge Raad de overweging dat iets zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, vooral bezigt wanneer het systeem zelf ter discussie staat of wijziging behoeft. Het probleem is omvangrijker dan gedacht en de Hoge Raad dreigt terecht te komen in politiek vaarwater. Hij moet voor- en nadelen van een bepaald stelsel afwegen, hij kan de eventuele consequenties van een uitspraak niet overzien, hij komt te staan voor politieke of beleidskeuzes, of het probleem is onderwerp van debat in het parlement of staat op de politieke agenda. De rechter overschrijdt dan een grens, die hij blijkbaar terugvindt in de op de Grondwet en de trias politica berustende

⁴⁷ I. Giesen, *Rechtsvorming in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2020, p. 12.

⁴⁸ C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, 'Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012/11, p. 3 e.v. Vgl. J. Uzman & C.J.J.M. Stolker, *De politieke rol van de (burgerlijke) rechter revisited. Over de grenzen van de rechtsvormende taak en Alkema's institutionele moment in de rechterlijke beslissing*, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht – Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. Evert Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 475-496; C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood (red.), *Recht en politiek - Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle 1993, p. 53-83. R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine? Een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2020, hoofdstuk 9.4.

⁴⁹ C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter in het privaatrecht en het arbeidsrecht*, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2012/11, p. 19-21.

verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen. De Hoge Raad is geen politiek orgaan. Zoals De Savornin Lohman schrijft: 'Als bij het vormen van nieuwe regels rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt waarover binnen het wetgevende apparaat onenigheid bestaat, zal de rechter deze beker echter aan zich voorbij moeten laten gaan.' Kop voegt hieraan toe dat de Hoge Raad uiterst behoedzaam is wanneer hij zich beweegt op het snijvlak van recht en politiek en dat een beroep op de traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel geen loze kreet is. 'Dat beroep is het teken dat de Hoge Raad de ideeën, die ten grondslag liggen aan de trias politica, bij uitstek respecteert. [...] De wetgever zit nog altijd op de troon, de rechter op een stevige kruk ernaast.' (voetnoten weggelaten, advocaten).

31. Wordt de onderhavige zaak langs de lat van die gezichtspunten gehouden die uit rechtspraak en literatuur blijken, dan is duidelijk dat de vorderingen van Milieudefensie c.s. kwesties aan de orde stellen die de rechtsvormende taak van de rechter ver voorbij gaan. Ook de rechter in Urgenda bleef daar bewust weg, zoals straks wordt toegelicht. Wij lopen de rechtspraak langs aan de hand van drie thema's die, zoals uit het voorafgaande al bleek, in deze zaak buitengewoon problematisch zouden maken dat de rechter zich in de politieke afwegingen mengt.
- (a) Er bestaan meerdere oplossingen, afwegingen op stelselniveau zijn nodig en de kwestie vergt politieke besluitvorming.
 - (b) De wetgever heeft de materie reeds aan zich getrokken en de rechter moet dat niet doorkruisen.
 - (c) Afbakeningsproblemen en rechtsonzekerheid resulteren als de rechter rechtsvormend optreedt.
32. De rechter dient zich in de eerste plaats terughoudend op te stellen naarmate verschillende oplossingen mogelijk zijn en de keuze daartussen om afwegingen op stelselniveau vraagt of afhankelijk is van keuzes van overheidsbeleid of rechtspolitieke aard, zodat het

maken van die keuze daarom aan de wetgever moet worden overgelaten. Dat speelt hier, dat is zojuist als eerste punt al toegelicht (onderdeel 2). De politiek moet ruimte worden geboden om beleidsbeslissingen te nemen over omstandigheden die in belangrijke mate nog niet te voorzien zijn.

- (a) In het arrest over het *Arbeidskostenforfait* overwoog de Hoge Raad: "*In gevallen [...] waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de [...] staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied*".⁵⁰
- (b) Als een probleem op stelselniveau wordt ontwaard, zoals hier het energiesysteem, dan speelt dat des te meer. Zelfs in zaken waarin de Staat de aangesproken partij is – als de partij die belasting heft én die direct gebonden is aan die hogere regelgeving waarmee de belastingwetgeving in strijd is – is de rechter dan terughoudend om zijn oordeel in de plaats te stellen van de politieke afweging die – in strijd met hogere regelgeving – in wetgeving is vastgelegd. Dat werd duidelijk in de arresten over de box 3 heffing vorig jaar: "*Met een dergelijke schending op stelselniveau gaat een rechtstekort gepaard waarin niet kan worden voorzien zonder op stelselniveau keuzes te maken. Deze keuzes zijn niet voldoende duidelijk uit het stelsel van de wet af te leiden [...]. Dan past de rechter ten opzichte van de wetgever terughoudendheid bij het voorzien in zo'n rechtstekort op stelselniveau. Voor ingrijpen van de rechter is in beginsel geen plaats, tenzij een individuele belastingplichtige in strijd met artikel 1 EP wordt geconfronteerd met een individuele en buitensporige last*".⁵¹

⁵⁰ HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, r.o. 3.15.

⁵¹ HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816, r.o. 2.10.3. Zie voor de overige arresten HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:911; HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:912; HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:817; HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:948 en HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:949.

Aan de vraag hoe moet worden voorzien in het oplossen van een situatie die op stelselniveau problematisch is, maar die oplossing keuzes vergt op stelselniveau die (nog) niet uit de wet zijn af te leiden, brandt de rechter zich dus niet, ook niet als de situatie volgens diezelfde rechter strijdig is met hogere wetgeving.

- (c) In het kernwapenarrest⁵² boog de rechter zich over de vraag of inzet van kernwapens in strijd met het oorlogsrecht zou zijn. De Hoge Raad achtte de burgerlijke rechter bevoegd van de vorderingen tegen de Staat kennis te nemen omdat "een (dreiging van) onrechtmatig handelen" aan de vorderingen ten grondslag was gelegd.⁵³ De Hoge Raad overwoog verder dat "nog aantekening [verdient] dat de in het onderhavige geding ingestelde vorderingen betrekking hebben op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie, die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken. Het is immers niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken. Bovendien dient de burgerlijke rechter aan de daartoe geroepen organen van de Staat op voorhand voldoende ruimte te laten voor het maken van deze politieke afwegingen aan de hand van, thans niet te voorziene, concrete omstandigheden van het geval, en deze ruimte zo min mogelijk op voorhand te beperken door het opleggen van een verbod waarbij deze

⁵² HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693 (Kernwapens).

⁵³ *Ibid*, r.o. 3.3 aanhef.

omstandigheden niet in aanmerking kunnen worden genomen"⁵⁴ (onderstreping toegevoegd, advocaten).

- (d) Kan een benadeelde partij die zich in een strafproces heeft gevoegd zelfstandig beroep instellen met het oog op de beslissing over zijn schadevergoedingsvordering? De wet bepaalt niet dat dat kan. A-G Hofstee merkte in zijn conclusie eerder dit jaar in het voetspoor van eerdere arresten op dat hoewel wetgeving in voorbereiding is, "*verschillende keuzes denkbaar [zijn] waarbij uiteenlopende belangen van zowel praktische als principiële aard zijn betrokken, welke keuzes moeten voldoen aan het uitgangspunt van een evenwichtig en samenhangend stelsel als geheel. Een eenduidige, definitieve en in het huidige stelsel van rechtsmiddelen ingebedde keuze heeft de wetgever nog bepaald niet gemaakt. [...] De hiervoor genoemde ontwikkelingen op wetgevend gebied doen er niet aan af dat het scheppen van een rechtsmiddel onverminderd buiten de rechtsvormende taak van de Hoge Raad ligt.*"⁵⁵ De vraag die de rechter daar moest beslissen is niet onbelangrijk, maar is wel van heel ander gewicht dan het vormgeven van een maatschappelijke energietransitie. Toch besliste de rechter zelfs daar dat de kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten ging.
- (e) En wat zien wij de rechter vervolgens doen in Urgenda? De Staat is weliswaar verplicht om een bepaalde reductie op zijn territorium te bewerkstelligen, maar de Hoge Raad heeft daarbij nadrukkelijk aansluiting gezocht bij verplichtingen waaraan de Staat zélf juridisch was gebonden, namelijk het UNFCCC, de Overeenkomst van Parijs en het EVRM.⁵⁶ En de rechter laat vervolgens de uitwerking van de emissiereductie, het vormen van energiebeleid, uitdrukkelijk aan de Staat. De rechtbank overwoog: "[i]n geval van toewijzing van de vordering behoudt de Staat de volle, bij uitstek aan hem toekomende, vrijheid om

⁵⁴ *Ibid*, r.o. 3.3 onder c.

⁵⁵ Conclusie A-G Hofstee, ECLI:NL:PHR:2020:507, nr. 12 met verwijzing naar HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1277.

⁵⁶ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 4.8, 5.7.3 en 6.1-6.2.

*te bepalen op welke wijze hij gevolg geeft aan het desbetreffende bevel*⁵⁷, en ook het hof benadrukte dat "het reductiebevel aan de Staat voldoende ruimte geeft om in te vullen op welke wijze hij uitvoering geeft aan dit bevel".⁵⁸ De Hoge Raad overwoog: "in het Nederlandse staatsbestel [komt] de besluitvorming over reductie van de uitstoot van broeikasgassen toe aan de regering en het parlement. Zij hebben een grote mate van vrijheid om de daarvoor vereiste politieke afwegingen te maken. Het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij het gebruik van die vrijheid zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden".⁵⁹ Daarbij moeten politici immers grote afwegingen maken in een wereldwijde transitie die gaande is, maar waarvan het verloop nog geenszins is uitgekristalliseerd. De rechtbank bracht daarbij ook het volgende tot uitdrukking: "[...] 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 beoordeeld door een van deze organen onafhankelijke rechter. Dit betreft dan een rechtmatigheidsoordeel. De rechter treedt daarmee niet in het politieke domein, met de daarbij behorende afwegingen en keuzen. Hij moet zich, los van iedere politieke agenda, beperken tot zijn domein, de toepassing van het recht. Afhankelijk van de kwesties die hem worden voorgelegd, zal zijn toets meer of minder terughoudend zijn. Grote terughoudendheid of zelfs abstinentie is vereist als het gaat om beleidsmatige afwegingen van uiteenlopende belangen die de inrichting of de ordening van de samenleving betreffen. De rechter moet zich ervan bewust zijn dat hij slechts een rol speelt in een rechtsgeschied tussen twee of meer partijen. Overheden, zoals de Staat (met organen zoals de regering en

⁵⁷ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda/Staat*), r.o. 4.101. Zie ook CvA, randnummer 410 met uitvoeriger citaat.

⁵⁸ Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda/Staat*), r.o. 67. Zie ook CvA, randnummer 411 met uitvoeriger citaat.

⁵⁹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda/Staat*), r.o. 8.3.2.

*de Staten-Generaal), moeten daarentegen een algemene afweging maken, met inachtneming van mogelijk veel meer posities en belangen."*⁶⁰ (onderstreping toegevoegd, advocaten).

De rechter wordt door Milieudefensie c.s. dus geconfronteerd met keuzes die politiek van aard zijn, en wel op stelselniveau. Die moet niet de rechter, maar de politiek maken.

33. Als de materie reeds de aandacht van de wetgever heeft, dan is er nog minder ruimte voor rechterlijke rechtsvorming. Ook dat is het geval, dat was het tweede punt dat wij zojuist al toelichtten (onderdeel 3). Volgens de Hoge Raad moet de rechter daarop niet vooruitlopen of de discussie die in dat kader plaatsvindt doorkruisen met een eigen uitspraak.
- (a) In 1993 legde de Hoge Raad een wettelijke regeling niet breed uit. Daarbij overwoog de Hoge Raad niet alleen dat het gepretendeerde recht niet viel af te leiden uit de wettelijke regeling, maar ook: "*[d]aarbij verdient aantekening, dat [...] de wetgever zich deze materie heeft aangetrokken, zonder dat het eindresultaat daarvan vaststaat, nu het desbetreffende wetsvoorstel op dit punt geenszins onomstreden is. Het is niet wenselijk deze discussie thans te doorkruisen met een beslissing die bij dat wetsvoorstel aansluiting zoekt*"⁶¹ (het ging om de vraag of een verplichting tot informatieverstrekking ingelezen kon worden in de regeling van het wettelijke omgangsrecht van een vader).
- (b) De Hoge Raad onderstreepte hetzelfde toen hij werd geconfronteerd met de vraag of een arbeidsovereenkomst gedeeltelijk kon worden ontbonden terwijl de recent herziene wet daar niet in voorziet en niet is gebleken dat de wetgever daarin heeft willen voorzien. Nee, aldus de Hoge Raad:⁶² "*het [gaat] op dit moment de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten om te voorzien in de mogelijkheid van*

⁶⁰ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda/Staat*), r.o. 4.95.

⁶¹ HR 17 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1187, *NJ* 1994, 332.

⁶² HR 21 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:283.

gedeeltelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit geldt te meer nu het kabinet de Commissie Regulering van Werk heeft ingesteld om te adviseren over de veranderingen op de arbeidsmarkt en de mogelijke gevolgen voor de regelgeving. In het op 23 januari 2020 aan het parlement aangeboden eindrapport van de commissie worden voorstellen gedaan om gedeeltelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst mogelijk te maken" (voetnoot weggelaten en onderstreping toegevoegd, advocaten).

- (c) In een andere context, namelijk toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het vennootschapsrecht ex artikel 2:8 BW, schreef A-G Assink eerder dit jaar (na te hebben vastgesteld dat het Hof in het bestreden arrest een andere, bijzondere bepaling had toegepast en dat bovendien juist had gedaan en de klacht dus moest worden verworpen) ten overvloede: "[h]et is vaste rechtspraak dat de rechter, in gevallen waarin bestaande wetgeving onvoldoende uitsluitel geeft of anderszins aanvulling behoeft, pleegt te zoeken naar een oplossing die past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wél in de wet geregelde gevallen. Kans op botsingen binnen de trias politica is dan gering. Bij de rechtsvormende taak van de rechter is terughoudendheid in beginsel geboden. Dat geldt temeer indien de wetgever al bezig is met het tot stand brengen van een regeling" (voetnoten weggelaten en onderstreping toegevoegd, advocaten).⁶³ In de voetnoten verwees hij onder meer naar het ook door RDS aangehaalde arrest *Quint/Te Poel*⁶⁴ en de conclusie A-G in *Urgenda*.⁶⁵
- (d) Ook in het zojuist al besproken Taxibus-arrest had de A-G erop gewezen: "[d]at de in het wettelijk stelsel neergelegde opvatting mogelijk niet meer zou stroken met de huidige maatschappelijke opvattingen over vergoeding van affectieschade, is een omstandigheid die niet tot cassatie kan leiden. Nog daargelaten dat wijziging van het wettelijk stelsel

⁶³ Conclusie A-G Assink, ECLI:NL:PHR:2020:450, nr. 3.25.

⁶⁴ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600. Zie ook CvA, randnummer 389 e.v.

⁶⁵ Conclusie A-G Langemeijer en Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887.

op dit punt de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan, heeft dit onderwerp de aandacht van de wetgever en is het thans niet aan de rechter om op mogelijke wetgeving, waarvan de vormgeving nog allerminst vaststaat, vooruit te lopen"⁶⁶ (onderstreping toegevoegd, advocaten).

Zo blijkt dat de rechter de politiek niet voor de voeten moet lopen in kwesties die de politiek, de wetgever in het bijzonder, aan zich heeft getrokken. Dat is hier het geval.

34. Als toewijzing leidt tot een maatschappelijke breuk en rechtsonzekerheid, leidt tot problemen van overgangsrechtelijke aard, en leidt tot een stroom aan procedures, dan zijn dat aanwijzingen dat de rechter geen rechtsvormende taak toekomt. Ieder van die omstandigheden doet zich in dit geval ook voor (openingspleidooi en onderdeel 4 hierboven). Milieudefensie c.s. geeft dat grif toe. Zij wil een uitspraak die ver gaat, want zij hoopt op "*kruisbestuiving en wisselwerking van klimaatzaken*" en dat "*meer en meer klimaatgerelateerde zaken in de wereld worden aangebracht*".⁶⁷ "Verwacht mag worden", aldus Milieudefensie c.s., "*dat daarmee in meerdere landen door individuele eisers, gesteund door NGO's waaronder de eisende NGO's, procedures aanhangig gemaakt zullen worden [...]*".⁶⁸ Wat Milieudefensie c.s. over het hoofd ziet is dit: leidt rechtsvorming door de rechter tot rechtsonzekerheid, bijvoorbeeld omdat de reikwijdte van de nieuwe regel niet goed kan worden afgebakend, dan is dat een reden voor de rechter om van ingrijpen af te zien. Dat geldt ook als de rechter strikt genomen een open wettelijke norm kan gebruiken om zijn oordeel op te baseren.
- (a) In TNT/Weijnenberg⁶⁹ en Rooyse Wissel/Hagens⁷⁰ wees de Hoge Raad de gedachte van de hand dat de rechter op basis van een open norm – goed werkgeverschap zoals bedoeld in artikel 7:611 BW – zou moeten aanvaarden dat bij "*structureel gevaarlijk werk*" aansprakelijkheid van de werkgever bestaat.

⁶⁶ Conclusie A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2002:AD5356, nr. 46.

⁶⁷ Pleitnotitie 2 Milieudefensie c.s., randnummer 123.

⁶⁸ Pleitnotitie 2 Milieudefensie c.s., randnummer 113.

⁶⁹ HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215.

⁷⁰ HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223.

Hij vermeldde in dat laatste arrest dat dit van de hand wordt gewezen (i) omdat een dergelijke aansprakelijkheid niet verenigbaar is met het wettelijk stelsel rondom de zorgplicht van de werkgever en (ii) waarbij werd opgemerkt dat "die categorie van werkzaamheden niet goed afgebakend kan worden".⁷¹ De Hoge Raad vervolgde dat "[h]oezeer ook elke afbakening tot op zekere hoogte een arbitrair karakter heeft, valt hierbij te bedenken dat het aan [verweerder] overkomen arbeidsongeval niet is voorgevallen op een plaats waar De Rooyse Wissel als werkgever slechts beperkte zeggenschap en invloed heeft, doch integendeel op de arbeidsplaats zelf. In die situatie zou aanvaarding van een uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting van de werkgever het wettelijk stelsel van werkgeversaansprakelijkheid, dat is gebaseerd op (tekortschieten in) een zorgplicht schade te voorkomen, te vergaand aantasten. Bovendien zou zulks een grote mate van rechtsonzekerheid in het leven roepen, omdat geen duidelijke grens getrokken kan worden met (andere) arbeidsongevallen waarvoor geen verzekeringsverplichting van de werkgever zou gelden"⁷² (onderstreeping toegevoegd, advocaten). Er werd dus afgezien van het breed toepassen van een wettelijke open norm.

- (b) In het *Taxibus*-arrest werd de Hoge Raad in essentie geconfronteerd met de vraag of strak de hand zou worden gehouden aan een wetsuitleg die meebrengt dat affectieschade bij overlijden van een naaste niet zou worden vergoed, in tegenstelling tot shockschade, of dat via de gedachte dat een dodelijk ongeval ook een onrechtmatige daad oplevert jegens de naasten van het slachtoffer, toch een recht op vergoeding voor affectieschade zou worden toegelaten.⁷³ Een enge uitleg van de wettelijke regeling gaf de doorslag. De Hoge Raad overwoog:⁷⁴ "*Het stelsel van de wet*

⁷¹ HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, r.o. 4.5.2. In voetnoot 520 CvA is per abuis het ECLI-nummer van de conclusie voor dit arrest genoemd.

⁷² HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, r.o. 4.5.2.

⁷³ Onderdeel 1.3 van het incidenteel cassatiemiddel, aangehaald in Conclusie A-G Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2002:AD5356, nr. 45.

⁷⁴ HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, r.o. 4.2.

brengt mee dat nabestaanden ingeval iemand met wie zij een nauwe en/of affectieve band hadden, overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is, geen vordering geldend kunnen maken tot vergoeding van nadeel wegens het verdriet dat zij ondervinden als gevolg van dit overlijden. Art. 6:108 BW geeft immers in een dergelijk geval slechts aan een beperkt aantal gerechtigden de mogelijkheid tot het vorderen van bepaalde vermogensschade. Hoewel deze bepaling van tamelijk recente datum is, kan er grond bestaan om de redenen die tot de daarin neergelegde regeling van de schadevergoeding hebben geleid, te heroverwegen. Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoet komt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij - zoals hier - in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen. Het gaat echter de rechtsvormende taak van de rechter te buiten te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen. In de eerste plaats zou immers opnieuw een, aan de wetgever voorbehouden, afweging moeten worden gemaakt van de voor- en nadelen die aan het huidige stelsel verbonden zijn. Voorts vergt een herziening van het bestaande stelsel een afbakening van de gevallen waarin een vergoeding passend wordt gevonden en een concrete aanwijzing van de personen aan wie een dergelijke vergoeding toekomt. Ten slotte is het ook aan de wetgever te beoordelen of, en zo ja in hoeverre, aan de toekenning van een dergelijke vergoeding financiële grenzen gesteld moeten worden in verband met de consequenties die daaraan kunnen zijn verbonden." (onderstreping toegevoegd, advocaten). Daarmee werd dus de opvatting verworpen dat een afweging die de wetgever in het kader van beperking van vergoeding voor nabestaanden had aangebracht (artikel 6:106 BW, oud), langs de achterdeur werd weggenomen door een algemene regel breed toe te passen (het aannemen van een eigen onrechtmatige daad jegens de naasten en aldus vergoeding voor aantasting in de persoon ex artikel 6:106 BW).

Hieruit blijkt dat rechtsonzekerheid die zou ontstaan, een reden is om van rechtsvorming door de rechter af te zien. En hieruit blijkt ook dat die overweging ook opgaat als wordt gevraagd een bestaande open norm toe te passen, zoals hier artikel 6:162 BW. In de hierboven genoemde arresten zag de Hoge Raad er van af om de open norm in te zetten om recht te vormen waar dat tot rechtsonzekerheid zou leiden.

35. Milieudefensie c.s. gaat er, kortom, aan voorbij dat de vorderingen die zij voorlegt eigenlijk gaan om het vormgeven van een onderdeel van de wereldwijde maatschappelijke energietransitie die gaande is en waarin belangrijke politieke keuzes moeten worden gemaakt. Door dat te miskennen heeft Milieudefensie c.s. vorderingen voorgelegd die de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan. De vorderingen moeten worden afgewezen.

* * * * *

Advocaten

Deze zaak wordt behandeld door mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk, mr. N.H. van den Biggelaar en mr. D. Horeman, De Brauw Blackstone Westbroek N.V., Postbus 75084, 1070 AB Amsterdam, T +31 20 577 1771, F +31 20 577 1775, E Jan.deBieLeuvelingTjeenk@debrauw.com, Nicolien.vandenBiggelaar@debrauw.com, Dennis.Horeman@debrauw.com