

Gerechtshof Den Haag
Zaaknummer: 200.302.332
Zittingsdatum: 3 april 2024
Zittingsdag 2 – Deel 1 van 4

SPREEKAANTEKENINGEN

in de zaak van:

SHELL PLC,

een vennootschap opgericht naar vreemd recht,
statutair gevestigd en kantoorhoudend te
Londen, Verenigd Koninkrijk,

Appellante, oorspronkelijk gedaagde,

Advocaten: mr. D.F. Lunsingh Scheurleer en
mr. T. Drenth

en (als gevoegde partij):

STICHTING MILIEU EN MENS

Advocaat: mr. D.J.B. Bosscher

tegen:

1. **VERENIGING MILIEUDEFENSIE,**
2. **STICHTING GREENPEACE**
NEDERLAND,
3. **LANDELIJKE VERENIGING TOT**
BEHOUD VAN DE WADDENZEE,
4. **STICHTING TER BEVORDERING**
VAN DE
FOSSIELVRIJBEWEGING,
5. **STICHTING BOTH ENDS,**
6. **JONGEREN MILIEU ACTIEF,**

Geïntimeerden, oorspronkelijk eiseressen,

Advocaat: mr. R.H.J. Cox, mr. M.J. Reij en mr.
A.J.M. van Diem

INHOUDSOPGAVE

5.	Er is geen grondslag voor de Reductieverplichting.....	1
5.1	<i>Beginselen en uitgangspunten bij het vinden van ongeschreven recht.....</i>	<i>1</i>
5.2	<i>De verschillende belangen en afwegingen die spelen bij de energietransitie</i>	<i>7</i>
5.3	<i>De Kelderluikfactoren zijn niet van toepassing.....</i>	<i>8</i>
5.4	<i>Ook geen schending van de 'maatschappelijke zorgvuldigheidnorm'</i>	<i>12</i>
5.5	<i>De Kelderluikfactoren bieden ook bij nadere beschouwing geen grondslag voor de Reductieverplichting.....</i>	<i>13</i>
5.6	<i>Slotsom.....</i>	<i>16</i>
6.	De Reductieverplichting is niet verenigbaar met het stelsel van de wet.....	17
6.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>17</i>
6.2	<i>De Reductieverplichting is niet verenigbaar met wetgeving en beleid voor het reduceren van emissies op nationaal, Europees en internationaal niveau.....</i>	<i>17</i>
6.3	<i>Een Reductieverplichting voor Scope 3-emissies creëert aansprakelijkheid voor handelingen van derden.....</i>	<i>22</i>
6.4	<i>De artikelen 2 en 8 EVRM bieden geen steun voor het bestaan van de Reductieverplichting</i>	<i>23</i>
6.5	<i>De UNGP en andere bronnen van soft law ondersteunen de Reductieverplichting niet.....</i>	<i>28</i>
6.6	<i>Reductieverplichting is in strijd met het EU-recht.....</i>	<i>29</i>

Geachte leden van het hof,

5. ER IS GEEN GRONDSLAG VOOR DE REDUCTIEVERPLICHTING

Spreekantekeningen:
Hoofdstuk 5

Geen rechtsplicht



- Dit is geen gevaarzettingsituatie
- In deze zaak is ook geen sprake van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm
- Het leveren van energie is rechtmatig en noodzakelijk
- Belangenafweging leidt niet tot Reductieverplichting

5.1 Beginselen en uitgangspunten bij het vinden van ongeschreven recht

5.1.1 Gisteren bespraken we dat er geen juridische grondslag bestaat voor de Reductieverplichting. Volgens Milieudefensie is die grondslag de onrechtmatige daad. Meer in het bijzonder: de open norm van handelen of nalaten dat in strijd is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹ Deze open norm kan onder omstandigheden, bijvoorbeeld onder verwijzing naar de Kelderluikcriteria, een rechtsplicht opleveren. Milieudefensie stelt onder verwijzing naar dezelfde Kelderluikcriteria dat voor Shell de verplichting bestaat om de emissies die zij rapporteert terug te brengen met een specifiek percentage, binnen een specifieke periode. Ik zal toelichten waarom deze stelling geen standhoudt en niet leidt tot de rechtsplicht voor Shell zoals door Milieudefensie gevorderd.

5.1.2 Open normen zijn 'open' in die zin dat ze niet uitdrukkelijk bepalen welk specifiek gedrag onder welke omstandigheden onrechtmatig is. Open normen bestaan omdat niet elke specifieke situatie adequaat kan worden vastgelegd in wetgeving. Dat wil echter niet zeggen dat een open norm een leeg canvas is waarop je om het even wat kan schilderen. De invulling van een open norm in een concreet geval moet passen in het stelsel van de wet en voldoende kenbaar

¹ Artikel 6:162 lid 2 BW.

zijn. Dit om te voorkomen dat zulke normen uit de lucht worden gegrepen. Dat zou strijdig zijn met de rechtszekerheid. Het gaat niet om de vraag wat recht *zou moeten zijn*, maar om *wat recht is*. Dat is Milieudefensie ook met ons eens.² Wil sprake zijn van ongeschreven recht, dan moet sprake zijn van een algemeen erkende maatschappelijke norm die is uitgehard tot een regel die juridisch bindend en afdwingbaar is voor de rechter.³ Het recht wordt dus gevonden en niet gemaakt.

- 5.1.3 Dit alles betekent dat de rechter bij het vinden van het ongeschreven recht bepaalde beginselen in het oog moet houden. Een daarvan is dat de rechter volgens vaste rechtspraak *alle* relevante feiten en omstandigheden van het geval in de beoordeling moet betrekken. Dus niet sommige wel en andere niet, zoals de Rechtbank heeft gedaan. Zo worden bijvoorbeeld in r.o. 4.4.31 van het Vonnis verschillende onbetwiste feiten onderkend met betrekking tot – kort gezegd – de complexiteit en de onvoorspelbaarheden van de energietransitie, de noodzaak voor staten om moeilijke keuzes te maken en de noodzaak van veranderingen in consumptiepatronen. Maar daar is het bij gebleven. De Rechtbank heeft deze feiten niet, althans niet op deugdelijke wijze, betrokken in haar beoordeling.⁴

Relevante objectieve aanknopingspunten bieden geen steun voor de Reductieverplichting

- 5.1.4 Bij het vinden van het ongeschreven recht dient de rechter zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de relevante feiten, omstandigheden en objectieve aanknopingspunten. Hierover zijn partijen het eens.⁵
- 5.1.5 Volgens Milieudefensie wijzen de objectieve aanknopingspunten waar zij zich op beroept "*allemaal dezelfde kant op*", namelijk "*dat er een verplichting is voor Shell om mensenrechten te respecteren en zich te onthouden van gevaarzettend gedrag dat redelijkerwijs voorkomen kan worden*".⁶ Die verplichting kan volgens Milieudefensie alleen de Reductieverplichting zijn.
- 5.1.6 Die stelling kan geen standhouden. Want uit de door Milieudefensie naar voren gebrachte objectieve aanknopingspunten vloeit nu juist niet de door haar gevorderde Reductieverplichting voort. Evenmin biedt de overvloed aan feiten

² Memorie van Antwoord, par. 62.

³ Zie de parlementaire geschiedenis en de literatuur waarnaar wordt verwezen in voetnoot 139 van de Memorie van Grieven.

⁴ Zie Memorie van Grieven, par. 1.3.4.

⁵ Zie onder meer Memorie van Antwoord, par. 62 en 67.

⁶ Memorie van Antwoord, par. 32 in samenhang met par. 31.

en omstandigheden die Milieudefensie in haar Memorie van Antwoord opsomt steun voor het bestaan van de Reductieverplichting. Die opsomming schetst een eenzijdig en daardoor onjuist beeld van de manier waarop de gevolgen van klimaatverandering het beste kunnen worden tegengegaan en welke emissiereducties daarbij gepast zijn.⁷ Bovendien laten zij de andere onderdelen van het energietrilemma buiten beschouwing: leveringszekerheid en betaalbaarheid van energie. Ik noemde net al dat de Rechtbank de feiten en omstandigheden met betrekking tot de complexiteit en onvoorspelbaarheden van de energietransitie onvoldoende heeft betrokken in haar oordeel.

- 5.1.7 Opvallend is dat eisers in de schriftelijke stukken weinig tot niets hebben gezegd over een belangrijke categorie objectieve aanknopingspunten. Namelijk: relevante wetgeving. En dat verbaast toch wel een beetje, omdat zij zich beroepen op de conclusie van A-G Valk voor het arrest van de Hoge Raad inzake de vrouwelijke IS-uitreizigers.⁸ De eerste categorie objectieve aanknopingspunten die daarin wordt genoemd is: "*wetsbepalingen (...) die niet rechtstreeks op het te beslissen geval van toepassing zijn (...)*".⁹ Valk refereert dus aan wetgeving die niet direct van toepassing is en waarmee desalniettemin rekening moet worden gehouden bij de vraag of een ongeschreven rechtsnorm bestaat. In deze zaak tegen Shell is er juist wetgeving die wél direct van toepassing is en die erop gericht is om precies dat probleem te adresseren waar eisers aandacht voor vragen. Zoals Shell in de schriftelijk pleitnota van 19 maart 2024 heeft toegelicht, is dat de Nederlandse en EU-wetgeving en -beleid inzake klimaatverandering, energie en emissiereductie, waarmee de EU en Nederland invulling geven aan het Akkoord van Parijs.¹⁰ Die wetgeving en dat beleid zijn nu juist ontworpen om de kwesties te adresseren waar het in deze zaak om gaat.
- 5.1.8 Dat maakt het des te opmerkelijker dat eisers amper ingaan op de voor deze zaak zo relevante wetgeving, ook niet in hun schriftelijk pleidooi. Zouden eisers het wetgevingskader onderbelichten omdat ze ook wel weten dat het gevorderde Reductiebevel haaks staat op dit wetgevingskader? Omdat A-G Valk zelf ook zegt dat als een bepaling wel rechtstreeks van toepassing is, de zaak daarop kan

⁷ Memorie van Antwoord, par. 35.

⁸ Memorie van Antwoord, par. 68 met verwijzing naar de conclusie van A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2020:412, bij HR 20 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293 (*IS-uitreizigers*).

⁹ Memorie van Antwoord, par. 68, met verwijzing naar de conclusie van A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2020:412, bij HR 20 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, NJ 2020/293 (*IS-uitreizigers*), sub 6.2.

¹⁰ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3.

worden beslist en toepassing van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm niet meer aan de orde is?¹¹

- 5.1.9 De andere vermeende objectieve aanknopingspunten waarnaar eisers verwijzen, zoals de artikelen 2 en 8 EVRM en de *United Nations Guiding Principles* ("UNGP"), bieden evenmin steun voor het bestaan van de Reductieverplichting. Zoals ik in hoofdstuk 6 van onze pleitnota zal toelichten zijn de aanknopingspunten die eisers aandragen in veel gevallen onjuist, worden zij overdreven of zijn zij anderszins irrelevant.

Inpasbaarheid en kenbaarheid

- 5.1.10 Zoals Shell heeft betoogd moet een regel van ongeschreven recht passen in het stelsel van de wet en moet zij kenbaar zijn.¹² Deze beginselen blijken uit de wet, de jurisprudentie, het commentaar en de literatuur over artikel 6:162 lid 2 BW die door Shell uitvoerig zijn besproken in haar Memorie van Grieven.¹³
- 5.1.11 Het eerste beginsel, namelijk dat de eventueel te vinden regel van ongeschreven recht moet passen in het stelsel van de wet en moet aansluiten op de wet in de wet geregelde gevallen, is in verschillende arresten van de Hoge Raad bevestigd.¹⁴ Het vindt zijn oorsprong in het arrest *Quint/Te Poel*¹⁵ en is toegepast in een daaropvolgende reeks zaken.¹⁶ Het is gecodificeerd in artikel 6:1 BW. Het geldt dus ook onder het huidige recht.¹⁷ Het is ook toepasselijk buiten het

¹¹ Zie concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2020:412, bij HR 20 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, *NJ 2020/293 (IS-uitreizigers)*, sub 6.2, tweede volzin.

¹² Memorie van Grieven, par. 3.2.

¹³ Memorie van Grieven, par. 1.2.1, 3.2.1-3.2.5 en 7.2.3. Shell heeft deze beginselen dus niet "verzonnen" zoals Milieudefensie beweert in Memorie van Antwoord, par. 159.

¹⁴ Zie Memorie van Grieven, par. 3.2.4 en 3.4.

¹⁵ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ 1959/548 (Quint/Te Poel)*. Reeds eerder in die zin: P. Scholten: "Een rechtsoordeel moet altijd passen in het rechtssysteem; het nieuwe, het eigene, is door al de gegevens van dit systeem beperkt." (P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Deventer: Kluwer 1974, par. 28).

¹⁶ HR 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, *NJ 1959/548 (Quint/Te Poel)*. Dezelfde opvatting wordt bevestigd door plaatsvervangend P-G F.F. Langemeijer en A-G M.H. Wissink in hun conclusie voor het *Urgenda* arrest (concl. P-G F.F. Langemeijer en A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ 2020/41 (Urgenda)*, par. 5.22). Zie ook HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, *NJ 2020/257*, r.o. 3.6.8 waarin de Hoge Raad oordeelde: "Het past in het stelsel van de wet en sluit aan bij de in de wet geregelde gevallen om de gevolgen van een beroep op dwaling op de hiervoor beschreven wijze te beperken."

¹⁷ Dit in reactie op Memorie van Antwoord, par. 63-67. Zie voorts: R. de Graaff, 'Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht', *NTBR 2019/2*.

verbintenissenrecht, zoals blijkt uit de in de Memorie van Grieven genoemde voorbeelden, zoals in het *Taxibus*-arrest¹⁸ en *Urgenda*.¹⁹

- 5.1.12 De gevorderde Reductieverplichting is niet verenigbaar met het bestaande kader van het EU- en het Nederlandse klimaatrecht. De Reductieverplichting voor individuele bedrijven waarvoor Milieudefensie pleit is zelfs herhaaldelijk in de Tweede Kamer aan de orde geweest, maar heeft niet geleid tot wetgeving van die strekking.²⁰ Nu een wettelijke reductieplicht uitdrukkelijk is verworpen, is dat een sterke aanwijzing dat een dergelijke verplichting krachtens ongeschreven recht niet bestaat. Het feit dat de wetgever het uitvaardigen van zo'n plicht heeft geweigerd en de gedraging dus als toelaatbaar kwalificeert, legt bijzonder gewicht in de schaal bij de rechterlijke belangenafweging in het kader van de zorgvuldigheidstoetsing.²¹ Dat klemt temeer als, zoals in deze zaak, er wetgeving is die de verkoop van brandstoffen of het gebruik daarvan door eindgebruikers wel maar op een andere wijze reguleert.²² Naast de wetgeving die in de schriftelijke pleitnota van Shell is genoemd, kan dan ook worden gedacht aan het heffen van accijnzen op brandstoffen.
- 5.1.13 Evenmin wordt de gevorderde Reductieverplichting ondersteund door het EVRM of door zogenaamde '*soft law*'-bronnen, zoals de UNGP. Als gezegd zullen mr. Drenth en ik dit alles later vandaag verder toelichten.
- 5.1.14 Het tweede beginsel is dat een regel van ongeschreven recht identificeerbaar of *kenbaar* moet zijn. Heel kort samengevat komt het erop neer dat hoewel een dergelijke regel ongeschreven is, iedereen op zijn vingers moet kunnen natellen dat deze bestaat.²³ Kenbaarheid is van belang, omdat anders de rechtszekerheid in het gedrang komt.

¹⁸ Memorie van Grieven, par. 3.2.4; HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, *NJ* 2002/240 (*Taxibus*).

¹⁹ Vgl. concl. P-G F.F. Langemeijer en A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*), par. 5.22. Zie ook voetnoot 541 van die conclusie.

²⁰ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 3.3.

²¹ K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 6:162 BW, aant. 5.1.5, tweede alinea en slot van de eerste alinea.

²² Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.3.3, 2.2.4 (c), 2.2.5, 2.3.1 en 2.3.4.

²³ T. Hartlief, 'Kennen wij het ongeschreven recht?', *NJB* 2021/1711.

Het partijdebat over inpasbaarheid en kenbaarheid

5.1.15 Eisers betwisten de toepasselijkheid van de beginselen van inpasbaarheid en kenbaarheid.²⁴ Ik wil graag in dat verband een paar opmerkingen maken.

- (a) De rechter zou volgens Milieudefensie bij het vaststellen of er sprake is van een regel van ongeschreven recht, alleen de relevante feiten en omstandigheden moeten beschouwen en vervolgens de relevante belangen tegen elkaar moeten afwegen.²⁵ Dat is te kort door de bocht. Ook moet rekening gehouden worden met inpasbaarheid en kenbaarheid én met alle relevante objectieve aanknopingspunten. Alleen als relevante objectieve aanknopingspunten ontbreken, moet de rechter terugvallen op een pure belangenafweging.²⁶ Maar die situatie doet zich in deze zaak dus niet voor.
- (b) Eisers zeggen ook dat niet hoeft te worden aangetoond dat de regel van ongeschreven recht kenbaar is, omdat de rechter van geval tot geval moet beoordelen of de regel van ongeschreven recht bestaat.²⁷ Dat laatste mag zo zijn, maar het neemt niet weg dat een norm in de context van dat geval voldoende mate kenbaar moet zijn. Recht wordt immers niet in een vacuüm gevormd.
- (c) Volgens Milieudefensie zou de rechtszekerheid in deze zaak niet in gevaar zijn, omdat Shell beweerdelijk wist dat er wellicht klimaatzaken zouden komen.²⁸ Dit miskent evenwel dat als iemand een algemeen, abstract risico ziet dat iemand hem zal willen aanspreken, dit op zichzelf nog niet wil zeggen dat de specifieke vermeende Reductieverplichting ook bestaat of ineens wel past binnen het stelsel van de wet of kenbaar is. Zou dit anders zijn, dan zou een eiser een ongeschreven norm in het leven kunnen roepen door louter met een daarop gebaseerde vordering te dreigen.
- (d) Verder zijn de beginselen van inpasbaarheid en kenbaarheid niet op de een of andere manier in dit geval minder relevant vanwege het feit dat een *wereldwijd* Reductiebevel wordt gevorderd of omdat daarbij een

²⁴ Memorie van Antwoord, par. 159 en 161. Dit wordt reeds weerlegd door de bronnen genoemd in voetnoot Memorie van Grieven par. 3.2.2 t/m 3.2.5 en de daar genoemde vindplaatsen.

²⁵ Zie Memorie van Antwoord, par. 31-33, 74-75, 101, 153, 161.

²⁶ Zie concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2020:412, bij HR 20 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, *NJ* 2020/293 (*IS-uitreizigers*), sub 6.8.

²⁷ Memorie van Antwoord, par. 101-111.

²⁸ Memorie van Antwoord, par. 71.

beroep wordt gedaan op mensenrechten.²⁹ De stelling dat dit wel zo zou zijn, is onjuist en mist onderbouwing.

- (e) Tot slot geven eisers het standpunt van Shell verkeerd weer:
- (i) Zo zou Shell betogen dat het inpasbaarheidsbeginsel van toepassing zou zijn "*met uitsluiting van alle andere objectieve aanknopingspunten*".³⁰ Shell heeft dit niet gesteld. Vanzelfsprekend kunnen "andere" objectieve aanknopingspunten en feiten en omstandigheden relevant zijn bij de vaststelling van het bestaan van een regel van ongeschreven recht.³¹ Maar dat doet niet af aan het inpasbaarheids-beginsel en dat blijkt evenmin uit de eerder aangehaalde conclusie van A-G Valk.³² Ook blijkt dat niet uit de passage uit *Asser/Sieburgh* waarnaar wordt verwezen.³³
- (ii) Evenmin heeft Shell betoogd dat het rechtszekerheidsvereiste rechtsontwikkeling door de rechter zou uitsluiten.³⁴ Het enige dat Shell zegt is dat daarbij deze beginselen in acht moeten worden genomen. Toepassing daarvan belet de rechtsontwikkeling niet. Zij stellen daar alleen grenzen aan, en daar zijn goede redenen voor. De gevorderde Reductieverplichting gaat die grenzen te buiten.

5.2 De verschillende belangen en afwegingen die spelen bij de energietransitie

5.2.1 Gisteren hebben wij gesproken over het energietrilemma en de noodzaak van overheden om een balans te vinden tussen de drie hoeken: klimaatbelang, leveringszekerheid en betaalbaarheid van energie. En dat het een stevige puzzel is om de balans te vinden. Wij hebben toen toegelicht waarom een civiele procedure zich niet leent voor het oplossen van de maatschappelijke verdelingsvraagstukken verbonden aan het energietrilemma.

5.2.2 Eisers miskennen dit. Zij stellen de zaak voor als een eenvoudige bilaterale belangenafweging tussen wat zij noemen het belang van de mensheid en het

²⁹ Memorie van Antwoord, par. 73.

³⁰ Memorie van Antwoord, par. 63.

³¹ Zie in deze zin ook Memorie van Grieven, par. 3.2.5.

³² Memorie van Antwoord, par. 68-69, met citaat uit de concl. A-G Valk, ECLI:NL:PHR:2020:412, bij HR 20 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1148, *NJ 2020/293 (IS-uitreizigers)*, sub 6.1-6.8.

³³ Memorie van Antwoord, voetnoot 34 met verwijzing naar *Asser/Sieburgh* 6-I 2016/11.

³⁴ Memorie van Antwoord, par. 72.

milieu enerzijds en het commerciële belang van Shell anderzijds.³⁵ Deze simplistische voorstelling van zaken miskent de veel bredere waaier aan meervoudige, elkaar overlappende en deels conflicterende belangen en factoren die onlosmakelijk verbonden zijn met het energietrilemma. Het zijn juist deze feiten, omstandigheden en aanknopingspunten die ook in de beoordeling moeten worden betrokken bij de vraag of de gevorderde Reductieverplichting bestaat.³⁶ De poging van Milieudefensie om deze zaak voor te stellen als een beperkte afweging van algemeen versus privaat commercieel belang verdoezelt dat deze zaak eigenlijk over publieke belangen gaat. Over beleid dus – niet over een verplichting van een individuele onderneming. Wat volgens Milieudefensie in dit geval de belangrijkste "rechtsvragen" zijn,³⁷ zijn in wezen geen civielrechtelijke, maar beleidsmatige vragen. En dat wordt in mijn ogen ook onderstreept door Milieudefensie's oproep aan uw hof om "de huidige status quo te doorbreken".³⁸

5.2.3 En omdat in deze zaak uiteenlopende belangen van derden en bredere publieke belangen aan de orde zijn, is rechterlijke terughoudendheid bij het vinden van ongeschreven recht dus niet uitgesloten, zoals eisers vinden maar juist geboden.³⁹ Want de meervoudige aard van klimaatverandering en de energietransitie laat zich niet persen in de mal van een naar zijn aard bilaterale privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnorm.

5.3 De Kelderluikfactoren zijn niet van toepassing

5.3.1 Die bilaterale aard van de ingeroepen zorgvuldigheidsnorm wordt geïllustreerd door de 'gevaarzetting'-zaken die Milieudefensie zelf aanhaalt.⁴⁰ In deze gevallen gaat het om duidelijke en voor zich sprekende regels van ongeschreven recht. Regels die algemeen bekend en breed toepasbaar zijn en die een individu of een beperkte, afgebakende groep personen beschermen: iemand zet een

³⁵ Memorie van Antwoord, par. 27.

³⁶ Zie ook A. Hammerstein, 'Vraagtekens bij een vonnis' in: de Klimaatzaak tegen Shell' in: W.J.M. van Veen, A. Hammerstein, J.L. Smeehuijzen, A.F. Verdam & J. Spier, *De klimaatzaak tegen Shell (ZIFO-reeks nr. 35)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 13: "De rechter mag naar mijn mening niet een open norm gebruiken om aan een enkel bedrijf een specifieke verplichting op te leggen met betrekking tot een probleem dat vele andere bedrijven en burgers even goed aangaat".

³⁷ Zie Memorie van Antwoord, par. 162: "1. Rust er op een bedrijf in de positie van Shell een eigen, zelfstandige verantwoordelijkheid en rechtsplicht om proportioneel en adequaat bij te dragen aan het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering? 2. Wat houdt die proportionele en adequate bijdrage specifiek voor Shell in?". Zie ook Memorie van Antwoord, par. 5: "deze zaak [draait] in de kern om de vraag of Shell, als één van de grootste CO₂-uitstoters ter wereld, de rechtsplicht heeft om een proportionele bijdrage te leveren aan het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering".

³⁸ Memorie van Antwoord, par. 333.

³⁹ Memorie van Antwoord, par. 101.

⁴⁰ Memorie van Antwoord, par. 167-171.

vuilniszak met daarin een bijtende vloeistof aan de rand van de weg en de vuilnisman loopt als gevolg daarvan letsel op;⁴¹ iemand duwt een tak opzij en laat die naar achteren zwaaien en verwondt daardoor de persoon die achter hem loopt;⁴² iemand loost grote hoeveelheden zout in een rivier en op stroomafwaarts gelegen percelen gaan gewassen verloren.⁴³

5.3.2 De regels van ongeschreven recht die in deze gevallen zijn vastgesteld, zijn in essentie bilateraal van aard. Er is een direct verband tussen de persoon die het risico in het leven roept en de derde die schade kan lijden als dat risico zich verwezenlijkt. Er is sprake van één benadeelde partij of een afgebakende groep. Belangen van derden of publieke belangen spelen verder geen rol. Precies zaken waarvan iedereen kan aanvoelen dat ze onrechtmatig zijn. Voor situaties waarin de wetgever door de specifieke omstandigheden van de bilaterale relatie nooit in wetgeving kan en wil voorzien. We hebben geen wetgeving voor zwiepende takken en bijtende vuilniszakken. We hebben wel wetgeving voor klimaat. En die voorziet nu juist niet in een reductieplicht zoals in deze zaak door Milieudefensie bepleit.

5.3.3 De Kelderluikfactoren zijn ongeschikt voor toepassing in een zaak als deze.⁴⁴ Ik licht dat graag toe:

- (a) **Ten eerste:** in een klassieke *Kelderluikzaak* roept iemand dus een risico in het leven maar laat na de redelijke voorzorgsmaatregelen te nemen om iemand anders, die zich niet bewust is van dat risico, te beschermen tegen de voorzienbare schade die bij verwezenlijking daarvan zou kunnen optreden.⁴⁵ Van een dergelijke situatie is in deze zaak geen sprake. Klimaatverandering wordt niet door één persoon of bedrijf in het leven geroepen, maar ontstaat onder andere door de collectieve uitstoot van vele personen en ondernemingen wereldwijd gedurende een zeer lange periode. Voorts is geen sprake van een risico waarop de inwoners van Nederland en het Waddengebied niet bedacht hoeven te zijn. Klimaatverandering is algemeen bekend.
- (b) **Ten tweede** vereisen de Kelderluikfactoren dat de persoon die het risico veroorzaakt in staat is om redelijke veiligheids- of

⁴¹ HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, *NJ* 1982/614, m.nt. C.J.H. Brunner (*Vuilnisman*), r.o. 4.

⁴² HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403, m.nt. C.J.H. Brunner (*Zwiepende tak*), r.o. 3.5-3.6.

⁴³ HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, *NJ* 1989/743, m.nt. J.C. Schultsz & J.H. Nieuwenhuis (*Kalimijnen*), r.o. 3.3.2.

⁴⁴ Zie onder meer Memorie van Antwoord, par. 187-220.

⁴⁵ HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

voorzorgsmaatregelen te nemen. Daarbij moeten het nut van de activiteit en de beschikbare voorzorgsmaatregelen in de beoordeling worden betrokken.⁴⁶ Wat het nut betreft: olie en gas spelen een cruciale rol bij het waarborgen van een stabiele en betaalbare energievoorziening en bij het ondersteunen van de energietransitie – en dat zal in 2030 nog het geval zijn.⁴⁷ Wat de beschikbare voorzorgsmaatregelen betreft: de door Milieudefensie in deze zaak gevraagde maatregelen – dat Shell minder olie en gas levert – dragen niet op zinvolle wijze bij aan het beperken van de gestelde schade. Dat lichten wij later nader toe.⁴⁸

- (c) **Ten derde** vereist de plicht om redelijke veiligheids- of voorzorgsmaatregelen te nemen een voldoende direct verband tussen het risico-scheppend handelen of nalaten en de eventueel door een derde te lijden voorzienbare schade. Er is dus een directe, nauwe relatie tussen potentiële laedens en potentiële gelaedeerde. Die plicht bestaat jegens de voorbijganger, de buurman, enzovoort.⁴⁹ Het is geen plicht tegenover alle mensen wereldwijd. Evenmin geldt een plicht om maatregelen te nemen tegen eventuele indirecte gevolgen van het handelen die ook vele andere oorzaken hebben. De causale keten die eisers aanvoeren is in deze zaak vele malen diffuser en indirecter dan in Kelderluik-gevallen.

5.3.4 Deze bijzondere situatie – waarin iedereen in de wereld in meer of mindere mate bijdraagt aan de verwezenlijking van een risico en potentieel de gevolgen daarvan ervaart – is van een geheel ander gevalstype. Klimaatverandering en energietransitie vereisen een systeemverandering op politiek en wetgevend niveau. Ik noemde dat gisteren al. De open norm van artikel 6:162 lid 2 BW is niet het geschikte middel voor een dergelijke systeemverandering, maar zelfs als dat wel het geval zou zijn, is het onmogelijk voor een individuele vermeende schadeveroorzaker om in zijn eentje die systeemverandering teweeg te brengen.

⁴⁶ HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*); vgl. de annotatie van E.M. Meijers onder HR 18 april 1940, NJ 1941/130: "*Bij het treffen van de noodige voorzorgsmaatregelen speelt zeker een rol, welke handelwijze men van derden mag verwachten, maar daarnaast toch ook of een voorzorgsmaatregel gebruikelijk is en zonder veel bezwaar door de handelende persoon kan getroffen worden, alsmede of de situatie waarin men zich bevindt of die men scheidt, een normale of een bijzondere is*".

⁴⁷ Zie Productie S-122, R. Druce, 15 december 2023, *Expert Report of Richard Druce from NERA Economic Consulting*. Zie ook Productie S-123, A. Hawkes, 15 december 2023, *Second Expert Report of Professor Adam Hawkes*, par. 2.4 en 3.10.

⁴⁸ Zie ook Productie S-122, R. Druce, 15 december 2023, *Expert Report of Richard Druce from NERA Economic Consulting*.

⁴⁹ Zie bijvoorbeeld alle jurisprudentie waarnaar wordt verwezen door K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 6:162 BW, aant. 6.1.4 (waar Milieudefensie deels naar verwijst).

- 5.3.5 Milieudefensie probeert de beperkingen van Kelderluik te omzeilen door te stellen dat zij het hof niet vraagt om "*een algemene regel [te stellen] die directief is voor nationale energietransities of de mondiale energietransitie als geheel*" maar in plaats daarvan "[om] een uitspraak [...] over wat de verplichtingen van Shell zijn".⁵⁰ Die stelling gaat voorbij aan het energietrilemma, aan het bredere afwegingskader. Het onderscheid dat eisers hier proberen te maken is dus kunstmatig.
- 5.3.6 Eisers gaan ook voorbij aan belangrijke vragen zoals:
- (a) Is de gevraagde maatregel (het Reductiebevel) naar zijn aard wel een geschikt middel om de beweerde gevolgen van klimaatverandering voor de inwoners van Nederland en het Waddengebied te voorkomen? Het antwoord daarop is nee. Wij komen daar vanmiddag nog op terug.
 - (b) Kan die maatregel wel redelijkerwijs van Shell gevegd worden? Ook op die vraag is het antwoord nee, en ook dat zullen we nader toelichten.
 - (c) Weegt het opleggen van die maatregel dan op tegen het nut van het handelen van Shell? Ten derde male is het antwoord nee, en ook dat lichten we straks ander toe.
- 5.3.7 Daarbij komt dat Milieudefensie inmiddels duidelijk kleur heeft bekend: de norm die toepasselijk zou zijn op Shell is volgens Milieudefensie ook één op één toepasselijk op andere bedrijven. Na Shell is ING nu de volgende. Wellicht gevolgd door een of meer van de 28 andere ondernemingen op het lijstje. Men hoeft maar te kijken naar Milieudefensies eigen posters:

⁵⁰ Memorie van Antwoord, par. 186.



Strategie Milieudefensie: veel breder dan Shell alleen

Bron: Productie S-281, Milieudefensie, 9 februari 2024, 'Shell werd al veroordeeld door de rechter. ING is nu aan de beurt', *LinkedIn*

5.4 Ook geen schending van de 'maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm'

5.4.1 Om invulling te geven aan wat zij de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm noemt, stelt Milieudefensie dat de Kelderluikfactoren eerder zijn toegepast in zaken buiten de klassieke gevaarzettingscontext.⁵¹ Milieudefensie verwijst naar de zaken over de Vuurwerkcramp, Gaswinning in Groningen, Srebrenicia en *Urgenda*.⁵² Het zou dan gaan om gevallen waarin (a) ofwel schade wordt toegebracht aan een groep personen; ofwel (b) zaken waar de aansprakelijkheid werd vastgesteld jegens een gedaagde die de schade niet rechtstreeks heeft veroorzaakt.⁵³ Die zaken echter, zijn duidelijk te onderscheiden van deze zaak:

- (a) **Ten eerste**, met uitzondering van de *Urgenda*-zaak, ging het in elk van de door Milieudefensie genoemde zaken om schade als gevolg van de schending door de staat van een plicht jegens een beperkte kring van identificeerbare personen.
- (b) **Ten tweede** verwijzen eisers naar het rechtbankvonnis in de *Urgenda*-zaak.⁵⁴ Maar – en dat is veelzeggend – anders dan de rechtbank pasten

⁵¹ Memorie van Antwoord, par. 4.3.

⁵² Memorie van Antwoord, par. 4.3.

⁵³ Memorie van Antwoord, par. 216.

⁵⁴ Memorie van Antwoord, par. 211.

het hof en de Hoge Raad in die zaak de doctrine van gevaarzetting of de Kelderluikfactoren niet toe.

- (c) **Ten derde** ging het in alle door Milieudefensie genoemde zaken om vorderingen tegen de staat. Niet tegen een private partij die opereert binnen het door de staat vastgestelde rechtskader. Dat Shell niet met de staat kan worden gelijkgesteld, hebben wij gisteren al toegelicht.

5.4.2 Kortom, de Kelderluikfactoren, of deze nu in een bilaterale context of in een context met meerdere gelaedeerden worden toegepast ('maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm'), zijn ongeschikt als grondslag voor de vermeende rechtsregel die in deze zaak wordt ingeroepen.⁵⁵

5.5 De Kelderluikfactoren bieden ook bij nadere beschouwing geen grondslag voor de Reductieverplichting

5.5.1 Ook als de Kelderluikfactoren wel toepassing zouden vinden in deze zaak, dan nog bieden ze geen steun aan de beweerde Reductieverplichting.

5.5.2 In de literatuur worden de welbekende Kelderluikfactoren als volgt gecategoriseerd: (i) de aard en de omvang van de gevreesde schade, (ii) de waarschijnlijkheid dat deze schade zich als gevolg van bepaald gedrag zal voordoen, (iii) de aard en het nut van de activiteit of het doel dat ermee wordt gediend en (iv) de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen.⁵⁶

5.5.3 De stelling van Milieudefensie dat Shell deze factoren niet betwist,⁵⁷ is onjuist.⁵⁸ Zij kwalificeren de inhoud en toepassing van deze factoren verkeerd:

- (a) Eisers beweren dat de eerste twee factoren (ernst en waarschijnlijkheid van schade) zien op de aard, omvang en voorzienbaarheid van klimaatverandering en de gevolgen daarvan *in het algemeen*. Dat is

⁵⁵ Zie onder meer A.Ch.H. Franken, 'De distributieve bijdrageplichten rond klimaatverandering', *NJB* 2022/2612, p. 3053; L. Bergkamp, 'The Hague District Court's Judgment in the "Climate Case of the Century": How a Dutch Court Fell Through the Cellar Hatch (Part 1 and 2)', *European Energy and Environmental Law Review* 2023/1, par. 3.3-3.4; E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?', *NTBR* 2015/46 (afl. 10), par. 3.2; T.G. Oztürk en G.A. van der Veen, 'Onrechtmatige daad en gevaarzetting: reflexwerking en zorgplicht bij milieukwesties', *O&A* 2015/58, par. 6-7; L. Bergkamp, 'Onrechtmatige gevaarzetting 4.0: rechterlijke revolutie met een nieuwe theorie van de onrechtmatige daad?', *TGMA* 2016 (afl. 1), p. 19-38; W. Hengeveld, 'Van Coca Cola tot CO₂', in: M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 245-259.

⁵⁶ C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, randnummer 74. .

⁵⁷ Memorie van Antwoord, par. 223.

⁵⁸ Zie onder meer: Conclusie van Antwoord, par. 7.3.

onjuist. Bij toepassing van de factoren moeten enerzijds het specifieke beweerde doen of nalaten van Shell en anderzijds de beweerde specifieke gevolgen daarvan voor de inwoners van Nederland en het Waddengebied worden beoordeeld.

- (b) Wat betreft de waarschijnlijkheid van de schade, gaat het niet alleen om de waarschijnlijkheid van het voordoen van de schade, maar ook over de vraag of de gevraagde specifieke voorzorgsmaatregelen (in dit geval: het Reductiebevel) effectief is om de gestelde schade te voorkomen. *"Omdat de kans op schade een van de factoren is aan de hand waarvan de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm wordt ingevuld, kan bij de vraag of een bevel of verbod mogelijk is, niet helemaal worden geabstraheerd van de schade en dus ook niet van het causaal verband."*⁵⁹

Eisers gaan ervan uit dat alle emissies die Shell rapporteert bovenop de totale wereldwijde emissies komen en via een verhoging van temperatuur tot klimaatschade leiden. Die veronderstelling is onjuist. Ik licht dat graag toe.

- (i) Over de eigen emissies van Shell (Scope 1 en 2) kunnen we kort zijn: Shell heeft dienaangaande reductiedoelstellingen die verder gaan dan wat eisers vorderen. Dat erkennen eisers ook in hun schriftelijke pleitnota.⁶⁰ En Shell heeft meer dan 60% van die doelstelling in 2023 al bereikt ten opzichte van 2016.⁶¹
- (ii) Dan Scope 3. Neem bijvoorbeeld de emissies die Shell rapporteert die zijn verbonden aan het gas dat zij levert. Wanneer dat gas het gebruik van kolen vervangt, dan draagt het handelen van Shell feitelijk bij aan het verminderen van de totale wereldwijde emissies. Dus ook als vanwege een toename van de hoeveelheid gas die Shell levert de omvang van de Scope 3-emissies die zij rapporteert zouden toenemen, dan is daarmee dus nog niet gegeven dat daarmee de wereldwijde emissies ook toenemen. Eisers' benadering waarbij alleen naar de door Shell gerapporteerde emissies wordt gekeken zonder naar de

⁵⁹ J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod als remedie (Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Deventer: Wolters Kluwer 2023/372.

⁶⁰ Schriftelijk pleidooi tijdens Milieudefensie c.s., d.d. 19 maart 2024, par. 111: *"In de MvA is toegelicht dat Shell alleen een doelstelling heeft om haar Scope 1 en 2 emissies tegen 2030 met 50% terug te brengen ten opzichte van 2016 (dat is 48% ten opzichte van 2019) (...)"* (onderstreping advocaat).

⁶¹ Schriftelijke pleitnota tijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 5.1.2.

daadwerkelijke wereldwijde emissies te kijken, leidt tot verkeerde conclusies en helpt de energietransitie niet.

- (iii) Omgekeerd wil een afname van de Scope 3-emissies die Shell rapporteert niet zeggen dat de hoeveelheid CO₂ die in de atmosfeer komt ook afneemt. Dit blijkt onder meer uit feit dat bij afwezigheid van veranderingen aan de vraagzijde, de verkopen van Shell worden vervangen door verkopen door anderen. De totale emissies blijven dan wereldwijd materieel ongewijzigd. Later vandaag komen we hierover nog uitvoerig te spreken.
- (c) Ik kom nu bij het element van de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen. In hun argumentatie gaan eisers voorbij aan de vraag of de maatregelen onevenredig bezwaarlijk zijn voor Shell in het licht van de daadwerkelijke bijdrage die de maatregelen zouden leveren aan het voorkomen van de beweerde schade.⁶² Ook hier geldt weer dat het Reductiebevel die schade niet voorkomt.⁶³ En in elk geval weegt de eventuele minieme verandering in de daadwerkelijke wereldwijde emissies niet op tegen de bezwaarlijkheid van de mogelijke maatregelen die Shell in haar bedrijfsvoering zou moeten nemen.⁶⁴
 - (i) Het bezwaarlijke karakter van het bevel voor Shell kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van de Scope 3-emissies die Shell rapporteert. Mogelijk zou daartoe het afstoten van activiteiten kunnen behoren of het stoppen van de toelevering naar bepaalde sectoren, zoals de luchtvaart. Hierdoor zou Shell in veel mindere mate in staat zijn om een betekenisvolle rol te spelen in de energietransitie. Die zij immers onder andere speelt door het werken met klanten om alternatieven te ontwikkelen zoals SAF.⁶⁵ Immers, wie afscheid neemt van klanten, kan ook niet meer met ze samenwerken om ze te helpen hun emissies te reduceren.
 - (ii) Het feit dat het Reductiebevel alleen op Shell van toepassing is, benadeelt Shell ten opzichte van haar vele concurrenten

⁶² K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 6:162 BW, aant. 6.4.4.3.

⁶³ Zie onder meer Productie S-122, R. Druce, 15 december 2023, *Expert Report of Richard Druce from NERA Economic Consulting* en Productie S-287, R. Druce, 17 maart 2024, *Second Expert Report of R. Druce of NERA Economic Consulting*.

⁶⁴ Productie S-122, R. Druce, 15 december 2023, *Expert Report of Richard Druce from NERA Economic Consulting*.

⁶⁵ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.3.3(a).

wereldwijd. Zoals ik eerder bij een eerdere gelegenheid heb gezegd, concurreert Shell met één arm op de rug, Dat is uiteraard bezwaarlijk voor de onderneming. De rechter heeft eerder, in andere gevallen, dergelijke gevolgen nu juist willen vermijden.⁶⁶

(iii) Dit klemmt temeer omdat Shell grote bedragen investeert in de energietransitie en binnen de olie- en gasindustrie nu juist tot de ondernemingen behoort die al ambitieuzere reductiedoelstellingen hebben dan andere sectorgenoten.⁶⁷

(d) Ten slotte, wat betreft de aard en het nut van de gedraging gaat Milieudefensie volledig voorbij aan het *nut en noodzaak* van de activiteiten in kwestie.⁶⁸ De productie en verkoop van olie- en gasproducten door Shell en andere partijen is legitiem en essentieel. Het voorziet in de dagelijkse energiebehoefte van de maatschappij. Zoals wij gisteren hebben toegelicht zal dat gedurende de energietransitie ook zo blijven voor samenlevingen over de hele wereld, op weg naar netto nul.

5.6 Slotsom

5.6.1 De gevorderde Reductieverplichting vindt geen grondslag in Kelderluikcriteria of maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Zij is strijdig met het stelsel van het nationale en supranationale klimaatrecht. Zoals wij nader zullen toelichten wordt zij niet gesteund door objectieve aanknopingspunten. De vermeende Reductieverplichting bestaat rechtens niet.

⁶⁶ Rb. Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:12440 (*Greenpeace/Staat*) inzake KLM. Zie nader: Memorie van Grieven, p. 59, voetnoot 150.

⁶⁷ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 5.1 inzake ETS '24, meer in het bijzonder de investeringen (par. 5.3) en de nieuwe Scope 3-reductie-ambitie (par. 5.1.6).

⁶⁸ K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 6:162 BW, aant. 6.4.8.1.

6. DE REDUCTIEVERPLICHTING IS NIET VERENIGBAAR MET HET STELSEL VAN DE WET

Spreek aantekeningen:
Hoofdstuk 6



Onverenigbaar met stelsel wet

- Interfereert met Nederlandse en EU-wetgeving
- Tweede Kamer, regering en Raad van State hebben tot 3 keer toe een reductieverplichting voor bedrijven van de hand gewezen
- Art. 2 en 8 EVRM bieden geen steun voor Reductieverplichting
- Ook UNGP en andere *soft law* instrumenten bieden dat niet

6.1 Inleiding

6.1.1 De Reductieverplichting past niet in het stelsel van de wet en sluit in het geheel niet aan bij de wet in de wet regelde gevallen. Sterker nog, de Reductieverplichting staat juist haaks op het stelsel van de wet. Daar wil ik graag het volgende over zeggen.

6.2 De Reductieverplichting is niet verenigbaar met wetgeving en beleid voor het reduceren van emissies op nationaal, Europees en internationaal niveau

6.2.1 In de schriftelijke pleitnota van Shell hebben wij een schets gegeven van de vele ontwikkelingen op het gebied van klimaatwetgeving en klimaatbeleid. Dat is de voorbije jaren aanzienlijk verbreed, verdiept en uitgebouwd. Dat is het geval op nationaal, Europees en op internationaal niveau.

6.2.2 Shell heeft onder andere het volgende uiteengezet in haar schriftelijke pleitnota:⁶⁹

- Er zijn zeer gedetailleerde en zorgvuldig afgewogen wets- en beleidskaders ontwikkeld. Die weerspiegelen de noodzaak om emissies op een rechtvaardige, geordende en billijke manier te reduceren. Zo probeert de wetgever om zo goed mogelijk een balans te vinden binnen het energietrilemma.

⁶⁹ Zie bijv. Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3.

- (b) Deze kaders zijn het resultaat van beleidsoordelen, keuzes en belangenafwegingen. Overheden maken die constant weer, en dat in het licht van snel veranderende geopolitiek, markten, wetenschap en technologie.
- (c) De in de schriftelijke pleitnota genoemde EU en Nederlandse wetgeving en beleid bevatten de meest ambitieuze en uitgebreide klimaatmaatregelen ter wereld. Die zijn juist ontworpen om precies die zaken aan te pakken die ten grondslag liggen aan de vorderingen van Milieudefensie in deze zaak. Zoals u ook hebt kunnen lezen, heeft Shell veel van deze maatregelen consequent gesteund.⁷⁰ Ik verwijs daarvoor ook naar de grote hoeveelheid voorbeelden hiervan die genoemd worden in Shells *Climate and Energy Transition Lobbying Report 2022*.⁷¹
- (d) Deze maatregelen, zoals het zeer effectieve EU-ETS⁷², zijn de enige mechanismen waarmee daadwerkelijk significante reducties kunnen worden bereikt in de hele economie. De implementatie van de kaders leidt tot aanzienlijke vooruitgang in het terugdringen van emissies, ook in Nederland. In 2023 zijn de emissies met 6% gedaald ten opzichte van het jaar ervoor; ten opzichte van 1990 was sprake van een daling van 34%.⁷³ De daling vorig jaar is vooral bereikt door de elektriciteitssector; de groei van zon en wind.

6.2.3 De door Milieudefensie gevorderde Reductieverplichting doorkruist dit stelsel van de wet en is daarmee onverenigbaar. Dat licht ik nu nader toe.

6.2.4 Allereerst kiest geen enkele wetgever voor een Reductieverplichting voor individuele bedrijven. Ook in Nederland zijn diverse voorstellen daartoe afgewezen. Die voorstellen vertonen opvallende gelijkenis met de vordering van Milieudefensie in deze zaak. Shell heeft hier in de schriftelijke pleitnota al kort naar verwezen.⁷⁴

⁷⁰ Zie bijv. Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.1.2, 2.2.2(b), 2.3.3(c), 2.4.1(b) en 2.4.3.

⁷¹ Productie S-166, Shell plc, 28 maart 2023, *Climate and Energy Transition Lobbying Report 2022*, p. 10-18.

⁷² Zie Productie S-241, C.J.H. Cozijnsen, 3 maart 2024, *Deskundigenbericht van mr. C.J.H. (Jos) Cozijnsen*, o.a. par. 2.8. Zie ook Productie S-275, J. Delbeke, 28 februari 2024, *Letter about the climate activities of Shell*, en de Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.2.1-2.2.7.

⁷³ <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2024/11/uitstoot-broeikasgassen-6-procent-lager-in-2023>.

⁷⁴ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 3.3.1.

Sinds het Vonnis is een reductieverplichting voor bedrijven verworpen door Tweede Kamer en regering



Bron: Productie S-185, Tweede Kamer moties van de leden Van der Lee en Thijssen en van de leden Teunissen en Van Raan van 4 november 2021 en de stemmingsuitslagen van 9 november 2021; Productie S-186, Minister van Economische Zaken en Klimaat, Minister voor Klimaat en Energie & Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 23 november 2022, *Antwoorden op Kamervragen naar aanleiding van begrotingsbehandeling EZK*, Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 3.3

- (a) Zo was er de motie om "alle Nederlandse bedrijven met een wereldwijde uitstoot die hoger is dan 50 megaton per jaar een absolute reductieplicht van scope 1, 2 en 3 op te leggen in lijn met de 1,5°C-doelstelling uit het Parijsakkoord". Resultaat: in grote meerderheid afgewezen door de Tweede Kamer, met bijna driekwart van de stemmen.⁷⁵
- (b) Enkele Kamerleden vroegen de Minister van Economische Zaken en Klimaat het volgende: "Is de minister bereid een juridisch bindend klimaatbeleid in te stellen, waarbij bedrijven in NL juridisch worden gehouden aan het akkoord van Parijs?"⁷⁶ Het antwoord van de Minister? Ik citeer: "Het akkoord van Parijs zegt niets over de verplichtingen van individuele landen, laat staan individuele bedrijven."⁷⁷ En daar komt nog bij: "[a]ls EU hebben we met de Green Deal een ambitieuze taak op ons genomen en die vertalen we met alle EU-landen gezamenlijk naar

⁷⁵ Productie S-185, Tweede Kamer moties van de leden Van der Lee en Thijssen en van de leden Teunissen en Van Raan van 4 november 2021 en de stemmingsuitslagen van 9 november 2021.

⁷⁶ Productie S-186, Minister van Economische Zaken en Klimaat, Minister voor Klimaat en Energie & Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 23 november 2022, *Antwoorden op Kamervragen naar aanleiding van begrotingsbehandeling EZK*, p. 36.

⁷⁷ Productie S-186, Minister van Economische Zaken en Klimaat, Minister voor Klimaat en Energie & Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 23 november 2022, *Antwoorden op Kamervragen naar aanleiding van begrotingsbehandeling EZK*, p. 36.

bindende inspanningsverplichtingen per lidstaat."⁷⁸ Ingezet wordt op het EU-ETS, dat zorgt "voor een gelijk speelveld binnen Europa en een sterke financiële prikkel om de emissies op de economisch meest efficiënte manier te reduceren. De emissies moeten omlaag in heel Europa, niet alleen in Nederland en bovendien tegen zo laag mogelijke kosten."⁷⁹ De regering kiest voor het bereiken van emissiereducties door middel van prijsprikkels die worden gecreëerd door het EU-ETS, in Nederland aangevuld met de nationale CO₂-heffing.⁸⁰

- (c) Ten slotte wijs ik nog op het initiatiefvoorstel voor de Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen. Aanvankelijk bevatte dat voorstel de verplichting voor bepaalde bedrijven en financiële instellingen om hun uitstoot in 2030 met 55% te hebben verminderd ten opzichte van 1990. Dat zou dan afdwingbaar zijn bij de civiele rechter.⁸¹ Dus eigenlijk sterk vergelijkbaar met een vordering zoals eisers die in deze procedure hebben ingesteld. De Raad van State reageerde afwijzend op het wetsvoorstel. Ik citeer: "*De Afdeling ziet in het voorstel bezwaren wat betreft de rechtszekerheid, evenredigheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.*"⁸² Na de schriftelijke behandeling in de Tweede Kamer is dit deel uit het wetsvoorstel geschrapt.

6.2.5 Hieruit blijkt zonneklaar dat de beweerde regel van ongeschreven recht niet past binnen het stelsel van de wet. Een dergelijke regel is dus zelfs expliciet verworpen: door een grote meerderheid van de Tweede Kamer, door de Minister, en door de Raad van State. Dat zo'n regel dan wel via de omweg van deze civiele procedure als ongeschreven recht zou kunnen worden gevonden, is niet goed begrijpelijk.

6.2.6 De Reductieverplichting doorkruist daarnaast de Nederlandse 'maatwerketaanpak verduurzaming industrie'. Die aanpak is onder het Klimaatakkoord afgesproken.

⁷⁸ Productie S-186, Minister van Economische Zaken en Klimaat, Minister voor Klimaat en Energie & Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 23 november 2022, *Antwoorden op Kamervragen naar aanleiding van begrotingsbehandeling EZK*, p. 36.

⁷⁹ Productie S-186, Minister van Economische Zaken en Klimaat, Minister voor Klimaat en Energie & Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 23 november 2022, *Antwoorden op Kamervragen naar aanleiding van begrotingsbehandeling EZK*, p. 36-37.

⁸⁰ Productie S-186, Minister van Economische Zaken en Klimaat, Minister voor Klimaat en Energie & Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 23 november 2022, *Antwoorden op Kamervragen naar aanleiding van begrotingsbehandeling EZK*, p. 37.

⁸¹ *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 9, artikel 2.4.2 lid 2.

⁸² *Kamerstukken II 2022/23*, 35761, nr. 8 (Advies Afdeling advisering Raad van State en Reactie van de initiatiefnemers), p. 2.

Het gaat hier om het maken van maatwerkafspraken tussen de staat en grote bedrijven. Doel is om die bedrijven te ondersteunen en te stimuleren bij de verduurzaming van hun activiteiten, en bij het bijdragen aan de circulaire economie.⁸³ Met het sluiten van een zeer gedetailleerde *Expression of Principles* tussen de Nederlandse Staat en Shell is de eerste stap in dit proces nu gezet.⁸⁴ De Reductieverplichting is volstrekt onverenigbaar met dit proces en met het klimaatbeleid van de regering waarvan de maatwerkafspraken deel uitmaakt. De strategie van Milieudefensie is om de Reductieverplichting ook aan veel andere Nederlandse bedrijven op te leggen. Ook aan bedrijven die in ditzelfde maatwerktraject zitten. Dit ondermijnt de maatwerkafspraken van de Nederlandse Staat. Vanwege het wereldwijde toepassingsbereik van het Reductiebevel geldt dat ook voor de aanpak van de overheden van de vele andere landen waar Shell actief is.

6.2.7 Dan een verwant punt: de voorgestelde EU *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* ("CSDDD") zal, indien aangenomen, bedrijven verplichten om transitieplannen op te stellen met tijdgebonden klimaatdoelstellingen. Van belang is dat de meest recente en bijna finale tekst van maart 2024 niet voorschrijft wat de absolute emissiereductiedoelstellingen voor een individueel bedrijf moeten zijn. Hetzelfde geldt voor de reeds in werking getreden CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*).⁸⁵ Voor de klimaatdoelstellingen van CSDDD geldt ook dat bedrijven alleen absolute Scope 1-, 2- en 3-doelen stellen: "*where appropriate*".⁸⁶ En ook die doelstellingen zijn niet bindend of statisch, omdat veranderingen in omstandigheden ertoe kunnen leiden dat het bedrijf de doelstelling aanpast.⁸⁷

6.2.8 De Reductieverplichting ondergraaft daarnaast de flexibele, sectorgewijze benadering waar de wetgeving en het beleid van uitgaan. In de schriftelijke

⁸³ Zie bijv. <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2023/04/13/afspraken-met-shell-over-snelle-en-forse-vermindering-van-uitstoot-co2>. Staatssecretaris Heijnen zeg daar: "*Niet alleen gaat Shell de CO₂-uitstoot en de negatieve effecten op de leefomgeving verminderen, ze leveren ook een bijdrage aan de circulaire economie. Dat doen ze door plastic afval te verwerken tot grondstof voor plastic industrie: van oud plastic wordt dus nieuw plastic gemaakt. Die kant willen en moeten we op. Elke kilogram plastic die wordt gerecycled, betekent minder winning van fossiele grondstoffen.*"

⁸⁴ Productie S-170, Shell Nederland, 13 april 2023, *Expression of Principles*. Zie ook de Akte overlegging producties zijdens Shell plc, d.d. 19 december 2023, par. 53.

⁸⁵ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.5.2.

⁸⁶ Artikel 15 lid 1 (a) CSDDD; de meest recente tekst die ten tijde van de indiening van de schriftelijke pleitnota werd besproken is van 15 maart 2024: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6145-2024-INIT/EN/pdf>. Zie ook de Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.5.3.

⁸⁷ Considerans onder 50-51 van de CSDDD: "*While companies should strive to achieve the GHG emission reduction targets contained in their plans, specific circumstances may lead to companies not being able to reach these targets, where this is no longer reasonable.*"

pleitnota heeft Shell al verschillende sectorale maatregelen besproken.⁸⁸ Deze zijn na uitvoerig beraad aangenomen en geïmplementeerd. Gisteren bespraken wij dat de Europese Commissie zei dat een "*extension of current policies towards 2040 would already lead to a – 88% reduction by 2040.*"⁸⁹ U vroeg daarover wat daarvan de reikwijdte was. Dit is EU-breed economisch beleid dat geldt in alle lidstaten. De Europese Commissie zegt daarover dat door "*full implementation of the legislative framework in place for meeting the 2030 climate and energy targets*", en door een verlenging van het wetgevingskader tot 2040, de EU als geheel op weg is naar een netto vermindering van 88% in 2040.⁹⁰ Dit gaat dan om EU Fit for 55 (met daarin het nieuwe EU-ETS), en daarnaast RePowerEU. Shell heeft die pakketten steeds gesteund.⁹¹ Ik verwijs daarvoor verder naar Shell's schriftelijke pleitnota.⁹² Zo is het EU Fit for 55-pakket aangenomen, waardoor er nu voor elke sector een juridisch bindend kader is om emissies te reduceren.⁹³ Wij zullen in het volgende deel van deze pleitnota toelichten dat deze wetgeving onderkent dat er verschillende reductiesnelheden zijn voor verschillende sectoren en energiebronnen. De Reductieverplichting gaat daarentegen ten onrechte uit van een vast wereldwijd gemiddeld percentage van 45%. Dat is in strijd met het door de Europese en de Nederlandse wetgever gestelde kader.

6.3 Een Reductieverplichting voor Scope 3-emissies creëert aansprakelijkheid voor handelingen van derden

6.3.1 Ik stip dan vast kort een ander punt aan. Ons aansprakelijkheidsrecht is duidelijk: aansprakelijkheid voor handelingen van derden kan alleen worden opgelegd door wetgeving in formele zin, niet door middel van een regel van ongeschreven recht.⁹⁴ Het Reductiebevel ziet – voor zover het Scope 3 betreft – op de emissies van eindgebruikers. Dit is in strijd met dit vaste beginsel. Ook om deze reden is de Reductieverplichting in strijd met het stelsel van de wet.

⁸⁸ Zie bijv. Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.3.

⁸⁹ Productie S-265, Europese Commissie, 6 februari 2024, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Securing our future. Europe's 2040 climate target and path to climate neutrality by 2050 building a sustainable, just and prosperous society*, COM(2024) 63, p. 3.

⁹⁰ Productie S-265, European Commission, 6 February 2024, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Securing our future. Europe's 2040 climate target and path to climate neutrality by 2050 building a sustainable, just and prosperous society*, COM(2024) 63, p. 3.

⁹¹ Zie Productie S-166, Shell plc, 28 maart 2023, *Climate and Energy Transition Lobbying Report 2022*, p. 10 en 19.

⁹² Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.1.2 e.v. en par. 2.4.3.

⁹³ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.1.2 e.v.

⁹⁴ Memorie van Grieven, par. 10.6.8.

Wij komen hier later vandaag nog op terug als wij komen te spreken over Scope 3.

6.4 De artikelen 2 en 8 EVRM bieden geen steun voor het bestaan van de Reductieverplichting

6.4.1 Dan het EVRM. Milieudefensie haalt de artikelen 2 en 8 EVRM aan als een belangrijk objectief aanknopingspunt ter ondersteuning van haar vordering. Zoals in de Memorie van Grieven uitvoerig is uiteengezet, ondersteunen die artikelen haar vordering niet.⁹⁵ Daarover nog twee punten.

(a) Ten eerste: de algemene EVRM-verplichtingen die de Nederlandse Staat tegenover haar ingezetenen heeft bieden geen steun voor het opleggen van een verplichting voor een onderneming op basis van artikel 6:162 lid 2 BW.

(b) En ten tweede: het *Bosphorus*-vermoeden – het vermoeden dat het EU-recht een gelijkwaardig niveau van bescherming van de mensenrechten biedt als het EVRM – biedt geen ruimte voor de vermeende horizontale doorwerking van de artikelen 2 en 8 EVRM in een ongeschreven Reductieverplichting. Dit bespreken we zo dadelijk.

6.4.2 Zoals toegelicht in de Memorie van Grieven, heeft de Rechtbank niet uiteengezet *hoe* zij de algemene bepalingen van de artikelen 2 en 8 EVRM heeft "*verdisconteerd*" in de vaststelling van een zeer specifieke en geïndividualiseerde regel van ongeschreven recht.⁹⁶

6.4.3 Eisers stellen dat de artikelen 2 en 8 EVRM (in samenhang met de artikelen 6:162 lid 2 BW en 3:296 BW) de rechter de "*noodzakelijke juridische houvast*" zouden bieden om aan Shell het Reductiebevel op te leggen.⁹⁷ Maar zij leggen niet uit hoe de algemene, in abstracte termen omschreven beginselen van de artikelen 2 en 8 EVRM aanleiding kunnen geven tot de zeer specifieke Reductieverplichting. Die Reductieverplichting is daar op zichzelf immers niet in te lezen. Eisers dragen ook geen jurisprudentie of literatuur aan over de inhoud van die beginselen die hun standpunt ondersteunt dat uit deze artikelen volgt dat er op een individuele onderneming een Reductieverplichting zou rusten.

⁹⁵ Memorie van Grieven, par. 4.1.1-4.2.19.

⁹⁶ Vonnis, r.o. 4.4.9; Memorie van Grieven, par. 4.2.3-4.2.5.

⁹⁷ Memorie van Antwoord, par. 332.

- 6.4.4 Volgens Milieudefensie zou de Rechtbank terecht horizontale werking aan de artikelen 2 en 8 EVRM hebben toegekend. Deze stelling lijkt vooral te steunen op de these van Milieudefensie dat de "*macht en invloed*" van Shell als multinational vergelijkbaar zou zijn met die van een staat.⁹⁸ Die these is echter onjuist, zoals wij gisteren hebben uitgelegd toen wij het hadden over de *Urgenda*-zaak.
- 6.4.5 Zelfs indien de artikelen 2 en 8 EVRM zouden moeten worden meegewogen, of "verdisconteerd", dan blijft de vraag bestaan wat dit nu precies betekent. Fundamentele rechten, waaronder die door deze artikelen worden beschermd, zijn evenzeer gebaat bij leveringszekerheid, en bij de betaalbaarheid van energie. De civiele procedure leent zich niet goed voor de zeer brede afwegingen die hiermee gepaard gaan. In ieder geval is geen sprake van de binaire voorstelling van Milieudefensie, waarin enerzijds louter sprake is van het klimaatbelang, en anderzijds louter van commerciële belangen.⁹⁹ Dat is een oversimplificatie, die geen recht doet aan de nuance en de vele verschillende belangen die gepaard gaan met de hier voorliggende problematiek.

De implicaties van het Bosphorus-vermoeden

- 6.4.6 Dan kom ik nu bij het *Bosphorus*-vermoeden.
- 6.4.7 Via het EU Fit for 55-pakket geven de EU en haar lidstaten invulling aan hun verplichtingen uit hoofde van het Akkoord van Parijs.¹⁰⁰ Ondernemingen zoals Shell opereren binnen de wettelijke kaders van die lidstaten. Dit pakket gaat dus in op dezelfde kwestie die volgens Milieudefensie de toekenning van het Reductiebevel rechtvaardigt. Van cruciaal belang is dat dit pakket klimaatmaatregelen van de EU mede is opgesteld om de bescherming van de mensenrechten te waarborgen. Hiertoe behoren de rechten die worden beschermd door de artikelen 2 en 8 EVRM. De Europese Commissie is er duidelijk over geweest dat het EU Fit for 55-pakket een beschermingsniveau biedt dat equivalent is aan dat van het EVRM. Zij neemt het volgende ondubbelzinnige standpunt in bij het EHRM:

"[...] the European Commission submits that EU law provides for the substantive guarantees of respect for fundamental rights

⁹⁸ Memorie van Antwoord, par. 291-302.

⁹⁹ Memorie van Antwoord, par. 305-314.

¹⁰⁰ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 2.1.3 en Productie S-219, Raad van de Europese Unie, 17 oktober 2023, *Submission to the UNFCCC on behalf of the European Union and its Member States on the update of the nationally determined contribution (NDC) of the European Union and its Member States - Approval*, 14286/23.

in the field of environment, which ensure a level of protection equivalent to that of the Convention."¹⁰¹

6.4.8 Sinds de beslissing van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de *Bosphorus*-zaak, is het een vast beginsel dat de bescherming van de grondrechten onder het EU-recht geacht wordt equivalent te zijn aan de bescherming die het EVRM vereist. Het *Bosphorus*-vermoeden is vervolgens herhaaldelijk bevestigd in EHRM-jurisprudentie.¹⁰²

6.4.9 De Europese Commissie heeft in de *Agostinho* zaak het volgende verklaard:

*"[...] when applying the Bosphorus criteria, EU law can be considered to provide for an equivalent level of protection of human rights to that of the Convention in the field of environmental protection. Therefore, Member States of the EU can be presumed not to have departed from the requirements of the Convention when they implement the legal obligations flowing from their membership to the EU."*¹⁰³

6.4.10 Wanneer EU-lidstaten handelen in overeenstemming met de EU-wetgeving (zoals zij doen bij de implementatie van EU Fit for 55-pakket), worden de relevante nationale maatregelen dan ook geacht te voldoen aan de vereisten van het EVRM.¹⁰⁴ De Nederlandse Staat geeft al uitvoering aan deze EU-wetgeving en voldoet daarmee dus al aan haar verplichtingen uit hoofde van de artikelen 2 en 8 EVRM. Er is daarom geen ruimte voor het argument van Milieudefensie dat de gestelde horizontale werking van de artikelen 2 en 8 EVRM steun kan bieden aan de vaststelling van het Reductiebevel; dat wil zeggen het opleggen door de rechter van een additionele verplichting aan een private partij die noodzakelijk zou zijn om een schending van de artikelen 2 en 8 EVRM te voorkomen. Ook dit onderdeel van de Reductieverplichting is strijdig met het stelsel van Nederlands en Europees recht.

6.4.11 In bredere zin merkt de Europese Commissie overigens het volgende op over het EU klimaatbeleid:

¹⁰¹ Productie S-208, Europese Commissie, 19 mei 2021, *Written Observations of the European Commission - Case: Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, par. 67.

¹⁰² Zie bijvoorbeeld: EHRM, *Avotiņš v Latvia* (23 mei 2016), Application no. 17502/07, par. 101-112.

¹⁰³ Productie S-208, Europese Commissie, 19 mei 2021, *Written Observations of the European Commission - Case: Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, par. 72.

¹⁰⁴ Zie *Bosphorus*, par. 156; EHRM, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland* (30 juni 2005), Application no. 45036/98, par. 156-165.

*"... the Commission considers that the EU climate policy and legislation, including its level of ambition, its science based approach and its aim to protect the environment in the interest of future generations, are in line with the EU's obligations deriving from the Paris Agreement, the precautionary principle and the principle of intergenerational equity, and do not violate the human rights guaranteed by the Convention."*¹⁰⁵

- 6.4.12 De belangen waarvoor Milieudefensie zegt op te komen zijn dus expliciet meegewogen in de totstandkoming van EU Fit for 55-pakket. En de Europese Commissie is er duidelijk over dat het Europese beleid in lijn is met het Akkoord van Parijs, het voorzorgsbeginsel en met het beginsel van *intergenerational equity*.

Beoordelingsmarge

- 6.4.13 Ten slotte hebben staten een ruime beoordelingsmarge (*wide margin of appreciation*) in zaken voor het EHRM waar het gaat om milieugerelateerde kwesties. Dit moet te meer gelden voor zaken waar het gaat om klimaatverandering.¹⁰⁶ De nationale rechter die moet oordelen in een civiele procedure tussen private partijen zou daarom ook moeten onderkennen dat de bescherming van dergelijke rechten aan overheden en wetgevende instanties moet worden overgelaten. Dat doet de nationale rechter ook, zoals in de Memorie van Grieven uitgebreid is toegelicht.¹⁰⁷
- 6.4.14 Eisers betogen uitvoerig dat in de onderhavige procedure geen beoordelingsmarge van toepassing is.¹⁰⁸ Dit strookt met hun stelling dat er geen terughoudendheid betracht moet worden bij het beoordelen van de maatschappelijke zorgplicht.¹⁰⁹ Géén van de argumenten van Milieudefensie is steekhoudend:
- (a) Het is juist dat de Straatsburgse doctrine van beoordelingsmarge niet van toepassing is op de besluitvorming van de nationale rechter ten opzichte van nationale autoriteiten.¹¹⁰ Echter, zoals in de conclusie voor *Urgenda* wordt opgemerkt, laat dit *andere* mogelijke redenen voor

¹⁰⁵ Productie S-208, Europese Commissie, 19 mei 2021, *Written Observations of the European Commission - Case: Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, par. 78.

¹⁰⁶ Memorie van Grieven, par. 4.2.18.

¹⁰⁷ Memorie van Grieven, par. 4.2.18.

¹⁰⁸ Memorie van Antwoord, par. 316-411.

¹⁰⁹ Memorie van Antwoord, par. 101-112.

¹¹⁰ Memorie van Antwoord, par. 319-330.

terughoudendheid door een nationale rechter onverlet.¹¹¹ Het begrip beoordelingsruimte dat relevant is voor deze zaak gaat niet over de verhouding tussen het EHRM en de nationale rechter. Het gaat over de beleids- en beoordelingsruimte die de nationale rechter heeft ten opzichte van de staat.¹¹² In dat kader, zeggen Langemeijer en Wissink, krijgt het begrip "*beoordelingsmarge*" een andere betekenis, toegespitst op de discretionaire bevoegdheid die de nationale rechter toekent aan de autoriteiten in zijn eigen land.¹¹³ Eisers beroepen zich op deze conclusie, maar laten deze belangrijke passage onbesproken.

- (b) In het *Urgenda*-arrest maakte de Hoge Raad vervolgens duidelijk dat de rechter "*terughoudendheid moet betrachten*" bij het bepalen van de minimumverplichtingen van de staat op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM. Dit gold volgens de Hoge Raad "*zeker*" wanneer in het bepalen van die minimumverplichtingen "*regels of afspraken worden betrokken die op zichzelf niet bindend zijn*".¹¹⁴ De Hoge Raad overwoog dat de rechter alleen in "*duidelijke gevallen*" op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM kan oordelen dat de staat verplicht is tot het nemen van bepaalde maatregelen.¹¹⁵ Kortom, de Hoge Raad gaat wél uit van terughoudendheid. Dit stemt overeen met jurisprudentie van de Grote Kamer van het EHRM¹¹⁶ en nationale rechters (waaronder in Duitsland, België).¹¹⁷
- (c) Het invoeren van EVRM-rechten tegen een private partij, die anders dan een staat niet rechtstreeks daaraan gebonden is, is een *bijkomende* reden voor terughoudendheid.¹¹⁸ Het feit dat het hier om een Reductiebevel op grond van artikel 6:162 lid 2 BW en niet rechtstreeks op grond van EVRM-rechten gaat, maakt dit niet anders. Ook hier spelen dezelfde overwegingen voor die terughoudendheid.

¹¹¹ Zie concl. P-G F.F. Langemeijer en A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*), par. 2.69.

¹¹² Zie concl. P-G F.F. Langemeijer en A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*), par. 2.69.

¹¹³ Zie concl. P-G F.F. Langemeijer en A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887, bij HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*), par. 2.69.

¹¹⁴ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*), r.o. 6.6.

¹¹⁵ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41 (*Urgenda*), r.o. 6.6.

¹¹⁶ Memorie van Grieven, par. 4.2.7 e.v.

¹¹⁷ Memorie van Grieven, 4.2.18 onder c.

¹¹⁸ Vgl. Memorie van Antwoord, par. 335(ii).

- (d) De verwijzing van Milieudefensie naar artikel 13 EVRM – het recht op een effectief rechtsmiddel – is hier niet relevant, omdat dat recht alleen in het geding is wanneer er sprake is van een daadwerkelijke of gevreesde schending van een verdragsrecht. Daar is in deze zaak geen sprake van, onder meer omdat verdragsrechten niet bindend zijn voor Shell als niet-statelijke partij.¹¹⁹

6.4.15 Om deze redenen is een ruime beoordelingsmarge – en dus terughoudendheid van de rechter – in een zaak als de onderhavige duidelijk op zijn plaats. Dit soort beslissingen vallen binnen het domein van overheden en wetgevers.

6.5 De UNGP en andere bronnen van *soft law* ondersteunen de Reductieverplichting niet

6.5.1 Ik kom nu op de UNGP en, in het verlengde daarvan, andere *soft law* instrumenten waarop eisers zich beroepen. Het gaat dan om de OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen en de *UN Global Compact*. De Rechtbank heeft overwogen dat de UNGP "*stroken met de inhoud van [deze] andere [...] soft law instrumenten*".¹²⁰

6.5.2 Noch de UNGP, noch de andere door eisers aangehaalde *soft law* instrumenten bieden steun voor de vermeende regel van ongeschreven recht. Eisers lijken dit ook wel te onderkennen, door het belang van de UNGP in het Vonnis wat te relativiseren, en hun verweer ten aanzien van Shells kritiek op dit deel van het Vonnis is beperkt.¹²¹

6.5.3 Dat is veelzeggend, omdat de onjuiste toepassing die de Rechtbank aan de UNGP gaf een belangrijk element vormde van het opleggen van het Reductiebevel ten aanzien van de Scope 3-emissies die Shell rapporteert.¹²² De analyse van de Rechtbank van de UNGP is in meerdere opzichten onjuist.¹²³

- (a) *Ten eerste* overwoog de Rechtbank dat de UNGP zich ervoor leenden "*om als leidraad te dienen bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm*".¹²⁴ Dit ondanks het feit dat zij in dezelfde

¹¹⁹ Vgl. Memorie van Antwoord, par. 330, 338-350, 357.

¹²⁰ Vonnis, r.o. 4.4.11; zie ook Memorie van Antwoord, par. 443 (waar Milieudefensie stelt dat de OESO-richtlijnen en de *UN Global Compact* "*qua inhoud overeenkomen*" met de UNGP); en par. 415 (waar Milieudefensie stelt dat de OESO-richtlijnen en het Global Compact "*de facto dezelfde inhoud [hebben] als het om de bescherming van mensenrechten gaat*").

¹²¹ Memorie van Antwoord, par. 434, 441-445, 451-452, 458-460.

¹²² Zie Vonnis, r.o. 4.4.17-4.4.18.

¹²³ Memorie van Grieven, par. 4.3.1-4.3.25.

¹²⁴ Vonnis, r.o. 4.4.11.

paragraaf erkende dat de UNGP geen juridisch bindende verplichtingen in het leven roepen.¹²⁵ Ook eisers erkennen dat het niet om *rechtsplichten* voor ondernemingen gaat.¹²⁶

- (b) *Ten tweede* heeft de Rechtbank niet toegelicht hoe de niet-bindende "guiding principles" van de UNGP of andere *soft law* instrumenten kunnen bijdragen aan de vermeende specifieke regel van ongeschreven recht. Milieudefensie gaat voorbij aan het belang van dit cruciale aspect van de analyse. Zij stelt dat men tot de vermeende Reductieverplichting kan komen "in samenhang met de andere feiten en omstandigheden en objectieve aanknopingspunten".¹²⁷ Dat zegt zij overigens ook steeds van die andere feiten en omstandigheden en objectieve aanknopingspunten. Het geheel is hier dan kennelijk meer dan de som der delen, want welbeschouwd is in geen van die bronnen ook maar een begin te vinden van een rechtsplicht voor ondernemingen om emissies met netto 45% te reduceren. Wat daar van zij: uit de abstracte redenering van Milieudefensie valt ook hier niet af te leiden welke specifieke bijdrage de UNGP leveren aan het vaststellen van de Reductieverplichting.
- (c) *Ten derde* geven de UNGP geen enkele heldere richtlijnen over wat ondernemingen dan zouden moeten doen op het gebied van emissiereducties. Prof. Spier stelt in dit verband terecht het volgende:

*"The UNGP, nor any other source of soft law, offers pertinent and clear guidance on what enterprises need to do concerning the products and services they put on the market."*¹²⁸

6.5.4 Om deze redenen kunnen ook de UNGP niet worden ingeroepen ter ondersteuning van de vordering.

6.6 Reductieverplichting is in strijd met het EU-recht

6.6.1 De vermeende Reductieverplichting – en in het verlengde daarvan het Reductiebevel – beperkt het vrije verkeer van goederen op ontoelaatbare wijze. Het beperkt ook het concurrerende vermogen van Shell; de concurrenten van Shell zouden immers niet aan dezelfde beperkingen worden onderworpen. Een

¹²⁵ Vonnis, r.o. 4.4.11.

¹²⁶ Zij stellen immers dat "de UNGP bevestigen dat bedrijven een eigen, van (het beleid van) staten losstaande verantwoordelijkheid hebben" (onderstreping advocaat). Zie Memorie van Antwoord, par. 128 en par. 430 en 452.

¹²⁷ Memorie van Antwoord, par. 459.

¹²⁸ Productie S-280, J. Spier, december 2022, *Climate litigation in a changing world*, Eleven: Den Haag, voorblad en p. 43-48, 165-178, 200, 231-233, Case 3 (p. 407-447), p. 420.

en ander is in strijd met het EU-recht. Dit is nóg een reden waarom de Reductieverplichting niet verenigbaar is met het systeem van de wet. Het vormt een zelfstandige reden waarom een daarop gebaseerd bevel niet kan worden opgelegd. Wij zullen later vandaag nog uitgebreider op dit punt ingaan.
