

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

8.	Geen rechtsplicht voor Scope 3	1
8.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>1</i>
8.2	<i>Geen controle of invloed op Scope 3-emissies</i>	<i>2</i>
8.3	<i>Gerapporteerde Scope 3-emissies zijn ongeschikt als maatstaf voor de vermindering van klantemissies.....</i>	<i>4</i>
8.4	<i>Er zijn geen objectieve aanknopingspunten voor een Reductieverplichting voor Scope 3 of voor toerekening aan Shell van door haar gerapporteerde Scope 3-emissies</i>	<i>6</i>
8.5	<i>Aansprakelijkheid voor het handelen van anderen kan alleen worden gevestigd door wetgeving, niet door een regel van ongeschreven recht.....</i>	<i>12</i>
8.6	<i>Slotsom</i>	<i>13</i>
9.	Geen rechtsplicht: De vermeende Reductieverplichting is in strijd met EU-recht .	15
9.1	<i>Inleiding.....</i>	<i>15</i>
9.2	<i>De Reductieverplichting is een maatregel verboden door artikel 34 VWEU.....</i>	<i>16</i>
9.3	<i>De Reductieverplichting heeft invloed op het intra-EU verkeer van goederen.....</i>	<i>17</i>
9.4	<i>De Reductieverplichting is disproportioneel en ongeschikt om de nagestreefde doelstellingen te bereiken.....</i>	<i>21</i>
9.5	<i>De Reductieverplichting is niet gerechtvaardigd en het betoog van Milieudefensie is rechtens onjuist.....</i>	<i>22</i>
9.6	<i>De Reductieverplichting schendt hoe dan ook artikel 4 lid 3 VEU.....</i>	<i>24</i>

Geachte leden van het Hof!

8. GEEN RECHTSPLICHT VOOR SCOPE 3



Spreekaantekeningen:
Hoofdstuk 8

Scope 3: geen rechtsplicht

- Shell heeft geen controle over klantemissies
- Scope 3-rapportage niet geschikt als basis voor Reductiebevel
- Aansprakelijkheid voor gedragingen derden vereist wetgeving in formele zin

8.1 Inleiding

8.1.1 Hiervoor hebben wij toegelicht dat er geen wettelijke grondslag bestaat voor een verplichting om emissies met een specifiek percentage te verminderen. Of dat nu gaat om Scope 1, 2 of 3. Maar zelfs indien uw hof zou oordelen dat er wél een ongeschreven rechtsplicht bestaat voor Scope 1 en 2, dan zijn er tal van aanvullende redenen waarom dat niet kan gelden voor Scope 3.

- Eerst wil ik graag iets zeggen over de aard van Scope 3-emissies. Daaruit volgt dat de stelling van Milieudefensie dat Shell "*volledige controle en invloed heeft over haar Scope 3-emissies en die emissies haar ook zijn toe te rekenen*",¹ onjuist is.
- Dan wil ik iets zeggen over het verschil tussen daadwerkelijke emissies in de atmosfeer en gerapporteerde Scope 3-emissies. Daaruit volgt dat gerapporteerde Scope 3-emissies zich niet lenen voor het meten van daadwerkelijke emissies en reducties daarvan in de atmosfeer.
- Vervolgens: geen van de feiten en omstandigheden of de objectieve aanknopingspunten waarnaar Milieudefensie verwijst bieden steun voor het bestaan van een regel van ongeschreven recht ten aanzien van Scope 3-emissies.

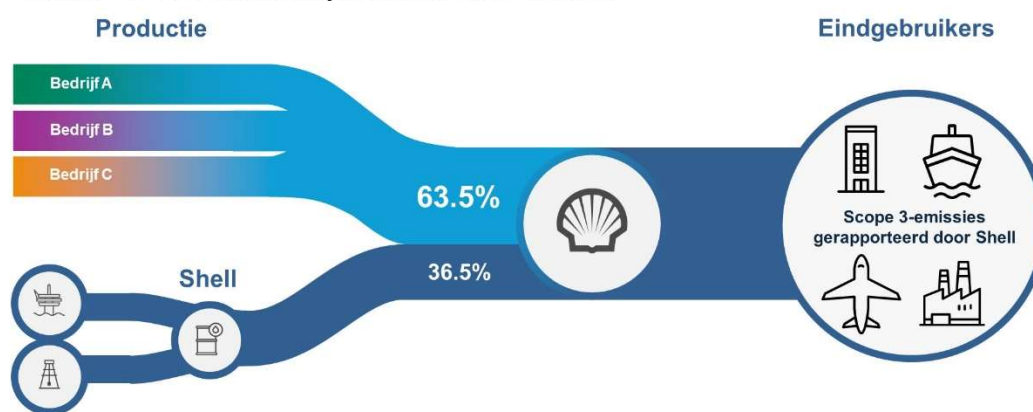
¹ Memorie van Antwoord, par. 853.

- (d) Ten slotte: aansprakelijkheid voor handelingen van anderen – in dit geval de eindgebruikers van de producten van Shell – kan alleen worden opgelegd door wetgeving in formele zin, niet door een regel van ongeschreven recht. Ook daarom kan voor Shell geen juridische verplichting bestaan tot vermindering van Scope 3-emissies die zij rapporteert.

8.2 Geen controle of invloed op Scope 3-emissies

- 8.2.1 Het verreweg grootste deel van de Scope 3-emissies die een bedrijf zoals Shell rapporteert, zijn de emissies die zijn verbonden aan het verbruik van de energieproducten die eindgebruikers van Shell kopen.² Dit zijn de Scope 1- en Scope 2-emissies van de eindgebruikers. Dat zijn bedrijven en burgers verspreid over de hele wereld. Scope 3-emissies zijn dus klantemissies. Het is belangrijk om dit onderscheid goed voor ogen te houden.
- 8.2.2 De Scope 3-methodiek van Shell is veelomvattend. Zij betreft niet alleen de Scope 3-emissies die zijn verbonden aan het gebruik van de producten die Shell zelf produceert, maar ook de Scope 3-emissies verbonden aan het gebruik van producten die Shell niet zelf produceert, maar inkoop en doorverkoop.

63.5% van de Scope 3-emissies (Categorie 11) gerapporteerd door Shell in 2022 bestaat uit productie door derden



Bron: Productie S-172, Shell plc, 28 maart 2023, *Sustainability Report 2022, Responsible energy*, p. 76. In 2023 waren de percentages 63,7% (*Third-party products*) en 36,3% (*Own production*), zie: https://reports.shell.com/sustainability-report/2023/_assets/downloads/shell-sustainability-report-2023.pdf, p. 81.

Toelichting: Deze visual toont de Scope 3-emissies die Shell in 2022 rapporteerde door "use of sold products" (Scope 3: categorie 11). Dit omvat de geschatte emissies van de verkoopvolumes van olieproducten, aardgas, LNG, *gas-to-liquids* en biobrandstoffen. Het percentage van de eigen productie ("Own production") van Shell (36,55%) heeft betrekking op de geschatte emissies van de raffinage van Shell, aardgas, LNG, *gas-to-liquids* en producten gemaakt van biobrandstoffen. Het percentage van de productie van derden (63,5%) wordt berekend als het verschil tussen de eigen productie van Shell en de totaal verkochte producten.

- 8.2.3 In 2022 bedroegen de door Shell als Scope 3, Category 11 ("*Use of sold products*") gerapporteerde emissies 910 miljoen ton CO₂e. Hiervan hing 332 miljoen ton CO₂e (36,5%) samen met de eigen productie van Shell en 578

² Zie onder meer Memorie van Grieven, hoofdstuk 8.2.

miljoen ton CO_{2e} (63,5%) samen met de verkoop van producten die geproduceerd waren door derden. De verhouding eigen productie ten opzichte van productie van derden bedroeg dus ongeveer 1:2.³ Voor 2023 was die verhouding nagenoeg gelijk.⁴

- 8.2.4 Zoals ik al zei, zijn die door Shell gerapporteerde Scope 3-emissies uit het gebruik van haar producten dus de Scope 1-emissies van de eindgebruikers van de producten die Shell levert. Een deel van die eindgebruikers rapporteert diezelfde emissies dus nog eens als Scope 1- of Scope 2-emissies. Dat betekent uiteraard niet dat die moleculen twee of nog meer keer worden *uitgestoten*. Ze worden wél twee keer – en waarschijnlijk nog veel vaker – *geteld en gerapporteerd*.
- 8.2.5 Als voorbeeld neem ik een wegtransportbedrijf (een zeer aanzienlijk deel van de Scope 3-emissies die Shell rapporteert komt voor rekening van de transportsector).⁵ Dit bedrijf zal de eigen emissies uit verbruikte brandstof die het van Shell koopt rapporteren als Scope 1. Shell rapporteert diezelfde emissies als Scope 3. Maar ook de fabrikant van de trucks van het transportbedrijf rapporteert die emissies als Scope 3. En de bank die de aankoop van die trucks financierde doet dat ook. En ook de groothandel die de trucks inschakelt voor beleving van de detailhandel. Enzovoort. Dezelfde feitelijke uitstoot wordt dus meermaals gerapporteerd als Scope 3, terwijl de werkelijke emissies natuurlijk maar eenmaal de lucht ingaan.⁶
- 8.2.6 Scope 1- en Scope 2-emissies van eindgebruikers zijn ook geen emissies waarover Shell *controle* heeft. Eindgebruikers beslissen zelf welke energiebronnen zij gebruiken, in welke hoeveelheden en van welke leveranciers. Shell biedt alternatieven voor fossiele brandstoffen aan, zoals elektrisch laden voor auto's en waterstof voor trucks, maar het staat eindgebruikers uiteraard vrij om al dan niet voor deze alternatieven te kiezen. Shell kan ze niet dwingen die alternatieven te gebruiken.
- 8.2.7 Klantemissies veranderen alleen wanneer de vraag van eindgebruikers wijzigt. Zo zal de hoeveelheid olie die de wegtransportsector verbruikt verminderen

³ Productie S-172, Shell plc, 28 maart 2023, *Sustainability Report 2022, Responsible energy*, p. 76.

⁴ In 2023 waren de Scope 3, Category 11 ("*Use of sold products*") emissies van Shell 878 miljoen ton CO_{2e}. Hiervan hing 319 miljoen ton CO_{2e} (36,3%) samen met de verkoop van producten die Shell produceerde, en hing 559 miljoen ton CO_{2e} (63,7%) samen met de verkoop van producten die geproduceerd waren door derden. Zie Shell's Sustainability Report 2023 van 19 maart 2024, p. 81, te raadplegen op: <https://reports.shell.com/sustainability-report/2023/services/downloads.html>.

⁵ Zie par. 7.1.4(c) in de Spreekantekeningen van Zittingsdag 2 – Deel 2 van 4. Het hier gegeven voorbeeld geldt *mutatis mutandis* ook voor een luchtvaartmaatschappij of een rederij.

⁶ Memorie van Grieven, par. 8.3.10 e.v.

wanneer bedrijven en personen voor elektrische auto's en vrachtwagens op waterstof kiezen, of meer gebruik maken van het openbaar vervoer of er simpelweg voor kiezen om minder of zuiniger te rijden. De emissies van gebouwen zullen bijvoorbeeld verminderen als zij overschakelen van verwarming met gas naar warmtepompen op elektriciteit. Daarvoor zijn versterkingen van de elektriciteitsnetten nodig. Voor veel van deze veranderingen aan de vraagzijde is overheidsbeleid essentieel. Denk daarbij aan stimuleringsmaatregelen (bijvoorbeeld beprijzing van CO₂, of subsidies), belastingen of regelgeving. Voor de luchtvaartsector is bijvoorbeeld overheidsbeleid nodig om de vraag naar SAF te vergoeten. SAF is bijvoorbeeld zo'n twee à vier keer zo duur als gewone kerosine.⁷ Dit geldt ook voor andere alternatieven; u kunt deze kosten per brandstof ook zien in de grafiek op pagina 16 van Shells 2024 *Energy Transition Strategy*.⁸

8.2.8 Hierbij geldt ook dat de afnemer vrij is in de keuze voor een bepaalde leverancier. Als Shell minder producten verkoopt, dan zullen de klantemissies die zij rapporteert als Scope 3 dalen.⁹ Dat wil nog niet zeggen dat de emissies van haar klanten zullen afnemen. Die klanten kunnen immers dezelfde producten afnemen van een andere leverancier. Shell kan dat niet verhinderen; zij is immers geen monopolist. De Scope 3-emissies die eerst door Shell werden gerapporteerd verschuiven dan naar de Scope 3 boekhouding van die andere leverancier. Dat geldt zowel voor de emissies uit de producten die Shell zelf produceert, als voor de producten die door derden zijn geproduceerd en door Shell worden doorverkocht. Dit leidt dus niet tot een daling in wereldwijde emissies. Mr. Drenth zal dit graag later vanmiddag verder toelichten aan de hand van het NERA-rapport.

8.2.9 Kortom, Shell controleert klantemissies niet.

8.3 Gerapporteerde Scope 3-emissies zijn ongeschikt als maatstaf voor de vermindering van klantemissies

8.3.1 Milieudefensie doet het voorkomen alsof de Scope 3-emissies die Shell *rapporteert* steeds een-op-een overeenkomen met emissies in de atmosfeer. Shell zou om die reden de controle hebben over de hoeveelheid daadwerkelijke emissies in de atmosfeer. Namelijk door de Scope 3-emissies die zij rapporteert te verminderen door minder olie en gas te verkopen. Ook dat klopt niet.

⁷ Productie S-288, Shell plc, 14 maart 2024, *Energy Transition Strategy 2024*, p. 17.

⁸ Productie S-288, Shell plc, 14 maart 2024, *Energy Transition Strategy 2024*, p. 16.

⁹ Milieudefensie stelt ook ten onrechte dat Shell in het kader van deze kwestie geen grief heeft aangevoerd: Memorie van Antwoord, par. 853. Zie evenwel Memorie van Grieven, hoofdstukken 8.3, par. 8.5.1, par. 10.2.13-10.2.14.

8.3.2 De gelijkstelling tussen rapportage van Scope 3-emissies en daadwerkelijke emissies miskent namelijk het fundamentele verschil daartussen. Ik zal een paar voorbeelden geven die laten zien dat de Scope 3-emissies die Shell rapporteert losstaan van de daadwerkelijke emissies. In sommige gevallen gaan de daadwerkelijke emissies omlaag, terwijl de door Shell gerapporteerde emissies gelijk blijven of omhooggaan.

(a) Eerste voorbeeld: Shell levert een bepaalde hoeveelheid gas aan een industriële afnemer. Stel dat Shell die afnemer naast het geleverde gas de mogelijkheid aanbiedt om de daarmee gemoeide emissies af te vangen en op te slaan met CCS. Daarmee gaan de daadwerkelijke emissies in de atmosfeer naar beneden. Maar met de door Shell gerapporteerde Scope 3-emissies doet het niets. De GHG Protocol staat namelijk niet toe om de door de klant afgevangen emissies (dus via CCS) af te trekken van de aan de geleverde hoeveelheid gas verbonden emissies.¹⁰

(b) Tweede voorbeeld: een staalfabriek gebruikt kolen voor haar productieproces. Die kolen betreft zij van een derde; Shell levert namelijk geen kolen. De staalfabriek schakelt over van kolen naar gas en koopt dat gas van Shell. Daarmee gaan de daadwerkelijke emissies naar beneden, omdat gas per eenheid opgewekte energie veel minder CO₂ uitstoot dan kolen. De Scope 3-emissies die Shell rapporteert gaan evenwel omhoog, omdat zij meer gas levert dan voorheen. De door de staalfabriek uitgespaarde kolenemissies mag Shell ook in dit voorbeeld niet aftrekken van de Scope 3-emissies die zij rapporteert.¹¹

8.3.3 Wat verlaagt de door Shell gerapporteerde Scope 3-emissies dan wel? Ik noem twee praktische voorbeelden waarin dat het geval is, zonder dat dat leidt tot een afname van daadwerkelijke emissies in de atmosfeer.

(a) Shell verkoopt tankstations aan, bijvoorbeeld, een *private equity* investeerder. Die tankstations blijven dan bestaan en blijven benzine verkopen, maar nu de benzine van iemand anders. In dat geval vermindert dat de hoeveelheid door Shell gerapporteerde Scope 3-emissies. Maar de daadwerkelijke emissies in de atmosfeer nemen niet af.

¹⁰ Productie RK-19, Greenhouse Gas Protocol, Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard 2011, p. 109.

¹¹ Productie RK-19, Greenhouse Gas Protocol, Corporate Value Chain (Scope 3) Accounting and Reporting Standard 2011, p. 109.

- (b) Een Amerikaanse LNG-producent stopt met de verkoop van LNG aan Shell, maar besluit de LNG zelf rechtstreeks aan eindgebruikers te verkopen. Dat vermindert de door Shell gerapporteerde Scope 3-emissies, maar ook hier blijven de daadwerkelijke emissies zelf onveranderd.

8.3.4 Deze dingen verlagen weliswaar de Scope 3-emissies die Shell rapporteert, maar verlagen niet de wereldwijde emissies. En zij kunnen de wereldwijde emissies zelfs verhogen, zoals wij later vandaag zullen uitleggen aan de hand van het NERA-rapport.

8.3.5 Kortom, de Scope 3-emissies die Shell rapporteert zijn ongeschikt als maatstaf voor de vermindering van daadwerkelijke emissies in de atmosfeer.

8.4 **Er zijn geen objectieve aanknopingspunten voor een Reductieverplichting voor Scope 3 of voor toerekening aan Shell van door haar gerapporteerde Scope 3-emissies**

8.4.1 Ik heb zojuist toegelicht waarom Shell geen controle heeft over klantemissies. Ik heb ook toegelicht waarom gerapporteerde Scope 3-emissies ongeschikt zijn als maatstaf om vermindering van klantemissies te meten. Alleen al daarom kan een reductieverplichting voor Scope 3-emissies niet bestaan. Evenmin zijn er objectieve aanknopingspunten voor het bestaan van een dergelijke verplichting of voor toerekening van klantemissies aan de rapporterende leverancier.

8.4.2 Om met toerekening te beginnen: daarvoor bestaat geen steun. In zijn in 2023 verschenen boek '*Climate Litigation in a Changing World*' schrijft Spier dat de "*attribution*" ("toerekening") van emissies die zijn verbonden aan het gebruik van brandstoffen bij de feitelijke eindgebruiker (Scope 1 en 2) dient te worden neergelegd. Hij schrijft:

"[...] attribution to the factual emitter is the more attractive approach. It is the most straightforward. As a rule, the reductions can be best effectuated by the factual emitter."¹²

Spier schrijft ook:

¹² 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. 48.

*"Answering the question who is in the best position to reduce scope 1, 2 or 3 emissions requires a keen understanding of what can be done by whom; these are not legal issues."*¹³

- 8.4.3 De Rechtbank baseert haar bevinding dat ondernemingen "verantwoordelijkheid dragen ten aanzien van Scope 3-emissies" op het zogenoemde "Oxford Report".¹⁴ Wie het document erbij pakt – productie 287 van Milieudefensie – ziet dat het een enquête betreft van "leading actors and organizations setting net zero targets", voorafgegaan door een aantal "online-discussions".¹⁵ De resultaten daarvan zijn weergegeven in een zeven pagina's tellend document dat online gezet is.¹⁶ Zeker is wel dat geen peer review heeft plaatsgevonden zoals gebruikelijk bij wetenschappelijke publicaties.
- 8.4.4 Zelfs indien dit document de wetenschappelijke toets der kritiek zou kunnen doorstaan, dan nog biedt het geen ondersteuning voor de stelling van Milieudefensie dat er consensus bestaat ten aanzien van een rechtens afdwingbare Reductieverplichting. Het is immers een enquête en het wordt niet duidelijk wie eraan heeft meegedaan. Niet blijkt dat deze deelnemers representatief zijn voor de onderzochte populatie, hoe die populatie eigenlijk is gedefinieerd en op welke wijze de respondenten zijn geselecteerd en of dat wel a-select is gebeurd. Het enige dat eruit blijkt, is dat bepaalde deelnemers die hebben ingebeld op de zogeheten "online discussions" of die de enquête hebben ingevuld, te kennen hebben gegeven dat zij menen dat vrijwillige doelstellingen alle emissie-scopes zouden moeten omvatten, voor zover op basis van beschikbare data mogelijk ("as data allows").¹⁷
- 8.4.5 Dat is iets heel anders dan de door Milieudefensie gestelde regel van ongeschreven recht. Het is Shell een raadsel hoe de Rechtbank op basis van deze enquête zulke zeer verstrekkende gevolgtrekkingen heeft kunnen maken en zij heeft dat dan ook ten onrechte gedaan. Bijvoorbeeld dat "hoewel er accentverschillen zijn, internationaal breed wordt onderschreven dat bedrijven verantwoordelijkheid dragen ten aanzien van Scope 3-emissies", of dat sprake zou zijn van een "internationaal breed uitgedragen en onderschreven noodzaak

¹³ 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. 200.

¹⁴ Vonnis, r.o. 4.4.18. Zie in dit verband voorts: Memorie van Grieven, par. 8.3.2-8.3.27.

¹⁵ Productie 287, University of Oxford, *Mapping of current practices around net zero targets*, mei 2020, p. 1.

¹⁶ De rechtbank ging er kennelijk van uit dat dit document geschreven is door "de universiteit van Oxford". Zie het Vonnis, r.o. 4.4.18: "Dit komt overeen met de analyse van de verschillende protocollen en richtlijnen voor klimaatverandering voor niet-statelijke actoren, die de universiteit van Oxford in 2020 heeft gemaakt (hierna: het Oxford-rapport)."

¹⁷ Productie 287, University of Oxford, *Mapping of current practices around net zero targets*, mei 2020, p. 1.

dat bedrijven daadwerkelijk verantwoordelijkheid nemen ten aanzien van Scope 3-emissies".¹⁸ Die breed gedragen consensus bestaat niet, en deze enquête kan onmogelijk de basis vormen voor een nieuwe regel van ongeschreven recht met een dergelijke specifieke inhoud.

8.4.6 Daar komt bij dat het document zelf zegt dat er nog veel vragen rondom Scope 3 targets bestaan. Zoals dat het een open vraag is "*[h]ow to prioritize different activities across scopes (e.g. focus on total emissions, areas of direct control, etc.)*" en: "*Data limitations around, especially, scope 3 emissions, creates further uncertainties about coverage*".¹⁹

8.4.7 Shell heeft dit alles in haar Memorie van Grieven aangevoerd en Milieudefensie heeft hier bij antwoord weinig tegenin gebracht. Zij heeft wel geprobeerd om het Oxford document aan te vullen met andere bronnen die volgens haar "*wijzen op de noodzaak voor Shell om verantwoordelijkheid te dragen voor Scope 3 emissies*".²⁰ Géén van deze bronnen ondersteunt echter de bewering dat Shell een rechtsplicht heeft om de door haar gerapporteerde Scope 3-emissies met een specifiek percentage te verminderen. Ik zal deze bronnen kort behandelen. Dit zijn:

(a) *Ten eerste* het rapport van de *Special Rapporteur on Human Rights and the Environment* uit 2019.²¹ Dit is geen gezaghebbende bron. Maar ook los daarvan is de enige verwijzing in het rapport naar emissies van de "producten en diensten" van bedrijven naar de *Principles of Climate Obligations of Enterprises*. Zoals Shell al heeft toegelicht²², wordt er in deze *Principles* nu juist geconcludeerd dat de eerlijkste en meest werkbare oplossing erin bestaat de emissies van fossiele brandstoffen toe te rekenen aan de gebruiker ervan (als Scope 1- en Scope 2-emissies) en niet aan een eerdere schakel in de productieketen.²³ De *Principles* zijn dus uitdrukkelijk in tegenspraak met de gedachte dat Scope 3-emissies aan een producent van fossiele brandstoffen kunnen worden

¹⁸ Vonnis, r.o. 4.4.18 en 4.4.19.

¹⁹ Productie 287, University of Oxford, *Mapping of current practices around net zero targets*, mei 2020, p. 1 en 3.

²⁰ Memorie van Antwoord, par. 860.

²¹ Milieudefensie verwijst naar de "*de invulling van de UNGP door de UN Special Rapporteur on Human Rights and the Environment*"; Shell veronderstelt dat Milieudefensie verwijst naar: Productie 270, United Nations Human Rights Special Procedures, *Safe Climate, A report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment*, 8 april 2019.

²² Memorie van Grieven, par. 8.3.22.

²³ Productie S-96, J. Spier (red.), Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *Principles on Climate Obligations of Enterprises by the Expert Group on Climate Change*, (2nd ed.), Eleven International Publishing, 2020 (selectie) p. 59-61.

toegerekend. Laat staan dat zij het bestaan erkennen van een rechtsplicht van producenten om dergelijke emissies te reduceren. Deze opvatting heeft Spier, een van de opstellers van de *Principles*, nader uitgewerkt in zijn meer recente boek uit 2023, dat ik eerder al noemde.

- (b) *Ten tweede* verwijst Milieudefensie naar het *Science Based Target Initiative* ("SBTi"). SBTi erkent juist dat er geen consensus bestaat op dit punt, terwijl die juist nodig is om de vermeende ongeschreven regel te kunnen vinden. Mr. Drenth heeft dit vanmorgen al toegelicht.
- (c) *Ten derde*: het feit dat Shell en bepaalde andere bedrijven in de olie- en gassector Scope 3-doelstellingen hebben.²⁴ Dat Shell tot de bedrijven hoort die over Scope 3-emissies rapporteert, betekent niet dat Shell daarover ook controle heeft of dat die emissies aan haar kunnen worden toegerekend. Evenmin betekent het dat er een regel van ongeschreven recht is die zegt dat klantemissies door de (indirecte) leverancier moeten worden verminderd. Bovendien: omdat niet alle ondernemingen in de olie- en gassector Scope 3-emissies rapporteren en omdat, wanneer zij dat wel doen, zulks niet op een volstrekt uniforme wijze doen, is het aannemen van een Reductieverplichting dienaangaande niet zinvol. Immers: als een olie- of gasbedrijf geen Scope 3-emissies rapporteert of slechts zeer beperkt, dan zou zij bestaan en omvang van haar beweerde Reductieverplichting kunnen beïnvloeden.
- (d) *Ten vierde*: het *Production Gap Report*. Daarin worden Scope 3-emissies niet genoemd. Zoals mr. Drenth vanmorgen al heeft toegelicht, richt dit rapport zich uitdrukkelijk op *overheidsbeleid* ("*focuses on governments*"). Het gaat ook alleen over de *productie* van fossiele brandstoffen door landen, niet de verkoop door bedrijven. Het rapport zegt uitdrukkelijk dat overheden essentieel zijn om de '*production gap*' te dichten, omdat overheden "*can establish the norms and rules that will ensure that companies extract less fossil fuels, and only they have the broad, economy-wide interests, power, and responsibilities to protect social and economic stability during the transition.*"²⁵ De meest directe verwijzing naar Scope 3-emissies in het Production Gap Report is een opmerking over transparantie: "*Regulators could insist that fossil fuel companies disclose the emissions associated with the end-use of their products.*"²⁶ Shell rapporteert al geruime tijd vrijwillig over Scope 3-

²⁴ Memorie van Antwoord, par. 860.

²⁵ Productie MD-357, UNEP et al. The Production Gap Report 2021, p. 11.

²⁶ Productie MD-357, UNEP et al. The Production Gap Report 2021, p. 60.

emissies. Dit gaat dus niet verder dan wat Shell al lang doet. Het rapport leidt in elk geval niet tot het bestaan van een op zichzelf staande rechtsplicht voor bedrijven om Scope 3-emissies te verminderen.²⁷

- (e) *Ten vijfde:* het Tyndall-rapport. Dat maakt geen enkele melding van Scope 3-emissies, en Milieudefensie geeft geen verdere toelichting op de relevantie ervan ten aanzien van Scope 3. Het is voor Shell niet goed te begrijpen waarom Milieudefensie meent dat dit rapport haar stelling ondersteunt dat Shell een ongeschreven rechtsplicht heeft om Scope 3-emissies te verminderen.²⁸ Dat wordt niet anders door de verklaring van Anderson.²⁹
- (f) *Ten zesde:* de GHG Protocol Scope 3 Standard. Dit Protocol is een vrijwillige *rapportagenorm* en beoogt geen wettelijke (of vrijwillige) verplichting vast te stellen voor een bedrijf om de Scope 3-emissies die het rapporteert te verminderen. Het rapport erkent nota bene precies het probleem van dubbel telling. Vervolgens wordt geconcludeerd dat dit niet zozeer een probleem is, omdat Scope 3 rapportage een *optioneel* aspect is van de GHGP Corporate Reporting Standard. Ook wordt erkend dat Scope 3-emissies "*may not lend itself well to comparisons across companies*."³⁰
- (g) *Ten zevende:* de ISO Net Zero Guidelines³¹ zijn geen ISO-standaard. Het is een tijdelijke "*International Workshop Agreement*" die is ontwikkeld buiten de reguliere commissiestructuur van ISO om en die alleen wordt onderschreven door de deelnemers aan die workshop.³² Bovendien vermeldt het ISO-document uitdrukkelijk dat het "*does not address legal and other obligations relating to climate action*."³³ Evenmin weerspiegelt de inhoud van het document enige verplichting; het woord "*should*" houdt in ISO-terminologie een aanbeveling in, niet een verplichting. Een aanbeveling "*conveys a suggested possible choice or*

²⁷ Productie MD-357, UNEP et al. The Production Gap Report 2021, p. 60.

²⁸ Memorie van Antwoord, par. 860.

²⁹ Productie MD-537, Statement van professor K. Anderson van 14 december 2023.

³⁰ Productie RK-15, Greenhouse Gas Protocol, A Corporate Accounting and Reporting Standard 2015, p. 29. Zie tevens Memorie van Grieven, Hoofdstuk 8.3.

³¹ Productie MD-488, Net Zero Guidelines, Accelerating the transition to net zero, IWA 42:2022.

³² Zie: ISO Deliverables, raadpleegbaar via: <https://www.iso.org/deliverables-all.html>; Productie MD-488, Net Zero Guidelines, Accelerating the transition to net zero, IWA 42:2022, p. v.

³³ Productie MD-488, Net Zero Guidelines, Accelerating the transition to net zero, IWA 42:2022, p. vi.

*course of action deemed to be particularly suitable without necessarily mentioning or excluding others."*³⁴

- 8.4.8 Uit geen van de genoemde bronnen valt een rechtsplicht voor de reductie van gerapporteerde Scope 3-emissies af te leiden, en zeker geen rechtsplicht om Scope 3-emissies met een bepaald percentage en tegen een bepaald jaar te verminderen. Naar Nederlands recht vloeien rechtsplichten voort uit het recht. In bepaalde gevallen zijn die rechtsplichten ongeschreven.³⁵ Maar is geen draagvlak voor de stelling van Milieudefensie dat de *verantwoordelijkheden* die volgens haar met betrekking tot Scope 3 bestaan, zich direct zouden vertalen in *rechtsplichten* die kunnen worden ingeroepen tegen individuele bedrijven. Ook bronnen zoals de UNGP spreken steeds expliciet van een "*responsibility*"³⁶ in het kader van mensenrechten; niet van een rechtsplicht, zoals ook Milieudefensie signaleert.
- 8.4.9 In dit verband is veelzeggend dat de regelgeving over klimaatrapportage die de Amerikaanse beurswaakhond SEC op 7 maart 2024 heeft gepubliceerd, niet eens de verplichting bevat om over Scope 3 te rapporteren (laat staan die te verminderen), gezien "*concerns about the current availability and reliability of the underlying data for Scope 3 emissions*".³⁷
- 8.4.10 Er is dus geen grond voor een rechtsplicht tot reductie van andermans Scope 1- en Scope 2-emissies. Zo schrijft prof. Spier dat de bevinding van de Rechtbank dat Shell de door haar gerapporteerde Scope 3-emissies tegen eind 2030 met netto 45% moet verminderen "*[...] does not follow from the Guiding Principles, nor from the other sources to which the Court refers. [...] Admitting that one has scope 3 obligations does not mean acceptance or endorsement of a far-reaching obligation as adopted by the Court. To the best of our knowledge the view adopted by the Court is not promoted by any authoritative source.*"³⁸
- 8.4.11 Een analyse van het Oxford document en de andere door Milieudefensie aangehaalde bronnen toont het gelijk van Prof. Spier en zijn collega's.

³⁴ Zie ISO Foreword – Supplementary Information, te raadplegen via: <https://www.iso.org/foreword-supplementary-information.html>.

³⁵ Asser/Sieburgh 6-IV 2023/55.

³⁶ Zie bijv. het commentaar bij principe 11 en de tekst van principes 12, 13, 14, 15, 16 UNGP.

³⁷ Zie <https://www.sec.gov/files/rules/final/2024/33-11275.pdf>, p. 244.

³⁸ 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. 420-421.

8.5 Aansprakelijkheid voor het handelen van anderen kan alleen worden gevestigd door wetgeving, niet door een regel van ongeschreven recht

- 8.5.1 Een uitgangspunt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is "*dat eenieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen*".³⁹ Aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 6:162 BW een zogenoemde schuldaansprakelijkheid is die alleen eigen gedragingen betreft waarvan de aangesproken partij een verwijt moet kunnen worden gemaakt.⁴⁰ Aldus kan een eventuele ongeschreven rechtsplicht uit hoofde van artikel 6:162 lid 2 BW geen aansprakelijkheden scheppen voor gedragingen van anderen. Dit zou immers neerkomen op een risicoaansprakelijkheid. Daarvoor zijn de zogenoemde kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 en verder BW bedoeld.⁴¹ Uit de toelichting op titel 6.3 blijkt dat men voor risicoaansprakelijkheden bewust niet een algemene regel heeft opgenomen zoals die voor de schuldaansprakelijkheid in artikel 6:162 werd neergelegd. Een dergelijke algemene regel vond de wetgever niet aanvaardbaar. Alleen in bijzondere gevallen, binnen nauwkeurig omschreven wettelijke grenzen, zijn risicoaansprakelijkheden aanvaardbaar. Zonder tussenkomst van de wetgever kan bij risicoaansprakelijkheid dus geen terreinuitbreiding plaatsvinden, ook niet wanneer de verkeersopvattingen op een bepaald terrein zouden veranderen.⁴²
- 8.5.2 Wat betreft aansprakelijkheid voor het handelen van derden geldt dat de wet limitatief de aldus aansprakelijke personen aanwijst.⁴³ Bovendien moeten die daden van anderen dan zelf ook onrechtmatig zijn (aansprakelijkheid van ouders voor handelingen van kinderen jonger dan 14 jaar zijn daarop de *enige* uitzondering).
- 8.5.3 Aldus zou het opleggen van een verplichting aan Shell met betrekking tot de rechtmatige emissies van afnemers in strijd komen met dit beginsel van Nederlands recht.
- 8.5.4 Er is namelijk geen wet die de producent of verkoper van olie en gas aansprakelijk houdt voor de gevolgen van het gebruik ervan door

³⁹ HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ontvanger/Voorsluijs*), r.o. 3.5.

⁴⁰ K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 6:162 BW, aant. 1.1.

⁴¹ K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, artikel 6:162 BW, aant. 1.1.

⁴² C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen (Monografieën BW nr. B45)*, Deventer: Kluwer 2009/5, alwaar ook de betreffende verwijzingen naar de parlementaire geschiedenis zijn te vinden.

⁴³ Asser/Sieburgh 6-IV 2023/169.

eindgebruikers. Er bestaat ook geen wetgeving die een bedrijf zou verplichten om de door hem gerapporteerde Scope 3-emissies te verminderen door minder van zijn producten aan klanten te verkopen, terwijl de klanten die producten nog wel nodig hebben. Sterker nog, Kamermoties en initiatiefwetgeving om dit soort wetgeving tot stand te brengen zijn juist afgewezen of hebben het niet gehaald.⁴⁴

- 8.5.5 Nog los van de vraag of aansprakelijkheid voor gedragingen voor derden zonder wetgeving aan de orde is, het volgende. Ten slotte zou het opleggen van een dergelijke aansprakelijkheid aan Shell alleen gerechtvaardigd kunnen zijn als de handelingen van die derden zelf onrechtmatig zouden zijn. Maar noch de koop, noch de verkoop, noch het gebruik van olie en gas – waarbij CO₂ vrijkomt – is naar Nederlands recht onrechtmatig. De Rechtbank heeft immers ook terecht overwogen dat de CO₂-uitstoot die Shell rapporteert nu niet onrechtmatig is.⁴⁵ Daartegen is geen incidenteel hoger beroep ingesteld.

8.6 Slotsom

- 8.6.1 Samenvattend: er zitten verschillende gebreken in de argumentatie van Milieudefensie dat er een rechtsplicht is om Scope 3-emissies te reduceren. Milieudefensie:

- (a) Stelt ten onrechte dat de controle van Shell over de producten die zij verkoopt gelijk staat aan "*controle*" over de emissies die het gevolg zijn van het energieverbruik van haar klanten en eindgebruikers.⁴⁶
- (b) Beweert ten onrechte dat het gebruik van Scope 3-emissies als meet- en rapportage-instrument inhoudt dat Scope 3-emissies *toerekenbaar* zijn aan een onderneming.⁴⁷
- (c) Stelt foutief dat de *toerekening* van Scope 3-emissies aan een bedrijf inhoudt dat er "*verantwoordelijkheden*" bestaan met betrekking tot die emissies.⁴⁸

⁴⁴ Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 3.3.

⁴⁵ Vonnis, r.o. 4.5.8. Zie ook de Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, par. 6.2.2(a).

⁴⁶ Zie bijv. Memorie van Antwoord, par. 855.

⁴⁷ Zie bijv. Memorie van Antwoord, par. 853.

⁴⁸ Zie Memorie van Antwoord, par. 7.3.

- (d) Legt ten onrechte deze gestelde "*verantwoordelijkheden*" voor Scope 3-emissies uit als *verantwoordelijkheden om Scope 3-emissies met een specifiek percentage te verminderen*.⁴⁹
- (e) Verheft vervolgens deze vermeende "*verantwoordelijkheden*" met betrekking tot Scope 3-emissies tot "*juridische verplichtingen*".⁵⁰
- (f) Gaat voorbij aan het feit dat Nederlands recht aansprakelijkheid voor het handelen van anderen – in dit geval de emissies van anderen – alleen kan worden opgelegd door wetgeving. Die wetgeving ontbreekt.

8.6.2 Uit het voorgaande volgt dat er geen grondslag is voor een regel van ongeschreven recht die Shell verplicht om de emissies die zij rapporteert met netto 45% tegen eind 2030, of met enig ander vast percentage te verminderen. Laat staan om dit te doen met betrekking tot de emissies van haar klanten, die zij rapporteert als Scope 3.

⁴⁹ Zie Memorie van Antwoord, par. 7.3-7.4, waaronder par. 882.

⁵⁰ Zie Memorie van Antwoord, par. 861 in samenhang met par. 451.

9. GEEN RECHTSP LICHT: DE VERMEENDE REDUCTIEVERPLICHTING IS IN STRIJD MET EU-RECHT

9.1 Inleiding



Spreekantekeningen:
Hoofdstuk 9

Strijdig met EU-recht

Reductiebevel:

- Schendt art. 34 VWEU (vrij verkeer van goederen)
- Is disproportioneel en ongeschikt
- Kan niet worden gerechtvaardigd op andere gronden
- Ondernijmt EU-recht en -beleid en is dus strijdig met art. 4(3) VEU

9.1.1 Shell heeft hiervoor betoogd dat de gestelde Reductieverplichting niet kan bestaan. Er valt simpelweg geen steun voor te vinden in de objectieve aanknopingspunten die door Milieudefensie zijn aangedragen. De verplichting is daarnaast in strijd met – en in ieder geval niet te verenigen met – het stelsel van de wet. Zij is voorts niet kenbaar.

9.1.2 Maar zelfs als al die fundamentele gebreken zouden worden weggedacht, dan zou de Reductieverplichting alsnog niet kunnen bestaan. Dat is omdat de Reductieverplichting en het daarop gebaseerde Reductiebevel in strijd zijn met het EU-recht. In het bijzonder gaat het om:

- Artikel 34 van het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie ("VWEU"), de vrijheid van goederenverkeer.
- Artikel 4 lid 3 VEU, de verplichting voor lidstaten om zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.

9.2 De Reductieverplichting is een maatregel verboden door artikel 34 VWEU

9.2.1 De Reductieverplichting is een ongerechtvaardigde maatregel in de zin van artikel 34 VWEU.⁵¹ Het zal Shell en haar toeleveranciers er onvermijdelijk en rechtstreeks toe brengen hun invoer van bepaalde goederen over de grenzen van de lidstaten van de EU te verminderen. Aldus ondermijnt de Reductieverplichting niet alleen het EU Fit for 55-pakket, het beperkt ook het vrij verkeer van goederen in de EU. Ook beperkt het Shells concurrentievermogen ten opzichte van haar concurrenten, waarop niet een dergelijke beperking rust. Dit laatste is in strijd met de fundamentele doelstellingen van de interne markt van de EU.⁵²

9.2.2 Eisers betogen dat de Reductieverplichting om twee redenen buiten de werkingssfeer van artikel 34 VWEU valt.

- (a) *Ten eerste* zou artikel 34 VWEU helemaal niet van toepassing zijn op de Reductieverplichting, en zou de Reductieverplichting geen beperking zijn in de zin van artikel 34 VWEU. Dat zou zo zijn omdat het "*geen specifieke interstatelijke gevolgen [heeft], laat staan dat tussen lidstaten sprake zou zijn van discriminerende of anderszins protectionistische of drempelverhogende maatregelen*".⁵³

Dat is onjuist. Zowel een regel van ongeschreven recht (de Reductieverplichting) die de grondslag vormt voor het gevraagde bevel, als een bindende beslissing van een nationale rechter (het Reductiebevel zelf), zijn beide "*maatregelen*" in de zin van artikel 34 VWEU.⁵⁴ Deze te beperkte lezing van artikel 34 VWEU is niet nieuw en werd door het Hof van Justitie al in de jaren 70 verworpen in de arresten *Dassonville*⁵⁵ en *Cassis de Dijon*.⁵⁶ Daar oordeelde het Hof van Justitie dat het verbod van artikel 34 VWEU niet beperkt is tot maatregelen die uitdrukkelijke interstatelijke implicaties hebben, of tot maatregelen die discriminerend of protectionistisch zijn of die quota opleggen. Uit vaste rechtspraak van

⁵¹ Zie in dit kader: Gids betreffende de artikelen 34, 35 en 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (Voor de EER relevante tekst) (2021/C 100/03), par. 3.1.3 (*Adressaten*).

⁵² Artikel 3 lid 3 VEU en Protocol (nr. 27) betreffende de interne markt en de mededinging. Zie daarover Memorie van Grieven, par. 6.4.2-6.4.4.

⁵³ Memorie van Antwoord, par. 1009.

⁵⁴ HvJ EG 3 Maart 1988, C-434/85, ECLI:EU:C:1988:109 (*Allen and Hanburys Ltd v Generics (UK) Ltd*), r.o. 25

⁵⁵ HvJ EG 11 juli 1974, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*), r.o. 5.

⁵⁶ HvJ EG 20 februari 1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 (*Rewe-Zentral ("Cassis de Dijon")*).

het Hof van Justitie blijkt dat het verbod van artikel 34 VWEU ruim wordt uitgelegd.⁵⁷

- (b) *Ten tweede zou de Reductieverplichting niet binnen de werking van artikel 34 VWEU vallen omdat zij "geen enkel onderscheid [maakt] naar de herkomst van de eventueel hierdoor getroffen goederen en niet tot doel [heeft] het handelsverkeer met andere lidstaten te regelen".*⁵⁸

De ruime reikwijdte van het verbod van artikel 34 VWEU blijkt uit de rechtspraak die is samengevat in de Gids betreffende artikelen 34, 35 en 36 VWEU (aangehaald door Milieudefensie in voetnoot 797 van de Memorie van Antwoord). De Gids haalt uitdrukkelijk het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Alfa Vita* aan.⁵⁹ De door het Hof van Justitie in dit arrest beoordeelde maatregel maakte geen onderscheid tussen de oorsprong van de goederen waarop de maatregel betrekking had. Zelfs niet waar die maatregelen niet tot doel hadden de handel met andere lidstaten te reguleren. Toch was deze maatregel in strijd met artikel 34 VWEU, omdat zij indirect (al dan niet bedoeld) tot gevolg had dat de invoer van "afbak"-goederen in Griekenland werd belemmerd.

9.2.3 De Reductieverplichting is dus een maatregel in de zin van artikel 34 VWEU.

9.3 De Reductieverplichting heeft invloed op het intra-EU verkeer van goederen

9.3.1 Dan iets over de invloed die deze maatregel zal hebben.

9.3.2 Eisers erkennen dat Shell een belangrijke afnemer is op de olie- en gasmarkt in de EU.⁶⁰ Shell koopt (ruwe) olie en gas in en raffineert of verwerkt deze producten anderszins alvorens ze te verkopen. Alleen al bij de raffinaderij van Shell in Pernis, een half uur rijden hiervandaan, worden dagelijks grote hoeveelheden ruwe olie geraffineerd. Shell mag die ruwe olie kopen van bedrijven in andere EU-lidstaten, ofwel voor haar eigen productieproces⁶¹,

⁵⁷ HvJ EU 18 juni 2019, C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504 (*Oostenrijk v Duitsland*), r.o. 125-134.

⁵⁸ Memorie van Antwoord, par. 1010.

⁵⁹ Gids betreffende de artikelen 34, 35 en 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (Voor de EER relevante tekst) (2021/C 100/03), p. 49 met verwijzing naar de gevoegde zaken C-158/04 en C-159/04, *Alfa Vita*, [2006] ECLI:EU:C:2006:562.

⁶⁰ Memorie van Antwoord, par. 934.

⁶¹ Memorie van Grieven, par. 6.3.4.

ofwel om het uiteindelijk door te verkopen aan bedrijven in andere EU-lidstaten.⁶²

- 9.3.3 Die koop en (door)verkoop aan bedrijven in andere EU-lidstaten is aan de orde van de dag. Zie bijvoorbeeld dit schema, uit Productie S-254. Daar is voor drie producten getoond hoeveel ervan vanuit Pernis in Nederland, in andere EU-landen, en in niet-EU-landen wordt verkocht.⁶³

Verkopen vanuit Pernis aan bedrijven binnen en buiten de EU

Metric Tons (% of total)	Jet	Naphtha	Gasoil
Sold in the Netherlands	693,000 (33%)	342,000 (28%)	2,967,000 (59%)
Sold to other EU countries	1,374,000 (66%)	866,000 (71%)	1,897,000 (38%)
Sold to Non-EU countries	14,000 (1%)	6,000 (1%)	127,000 (3%)
Total	2,054,000 (100%)	1,214,000 (100%)	4,991,000 (100%)

**Data based on ERP system of Shell Energy and Chemicals Park Rotterdam*

Bron: Productie S-254. Lijst met standaarddepots (met landen en steden) die worden bevoorrad vanuit Shell Energy and Chemicals Park Rotterdam (Pernis) en Rheinland en een tabel met hoeveelheden vliegtuigbrandstof, nafta en diesel, p. 2.

- 9.3.4 Zoals op dit schema te zien is wordt ongeveer 66% van de in Pernis geproduceerde vliegtuigbrandstof verkocht aan bedrijven in diverse andere EU-landen. Alleen al bij vliegtuigbrandstof gaat dat om gigantische hoeveelheden; meer dan een miljoen ton per jaar wordt jaarlijks vanuit Pernis aan kopers in andere lidstaten verkocht. Hetzelfde geldt voor nafta en diesel (*gasoil*). In totaal gaat het om miljoenen tonnen product die Shell per jaar over EU-grenzen verkoopt; en dit is dan nog slechts vanuit Pernis.
- 9.3.5 Shell bevoorradt vanuit de raffinaderijen in Pernis en Rheinland (Duitsland) tientallen depots in andere EU-lidstaten.⁶⁴ Al deze punten staan in nauw contact. Dat is als volgt schematisch weer te geven:

⁶² Zie ook Productie S-83, Shell plc, 2019, *Shell Energy Europe Brochure, A Better Way to Power Your Business*, m.n. p. 4-9 en Memorie van Griefven, par. 6.3.4-6.3.7.

⁶³ Productie S-254, Lijst met standaarddepots (met landen en steden) die worden bevoorrad vanuit Shell Energy and Chemicals Park Rotterdam (Pernis) en Rheinland en een tabel met hoeveelheden vliegtuigbrandstof, nafta en diesel, p. 2.

⁶⁴ Zie Productie S-254, Lijst met standaarddepots (met landen en steden) die worden bevoorrad vanuit Shell Energy and Chemicals Park Rotterdam (Pernis) en Rheinland en een tabel met hoeveelheden vliegtuigbrandstof, nafta en diesel, p. 1.

Shells raffinaderijen beleveren andere EU-lidstaten



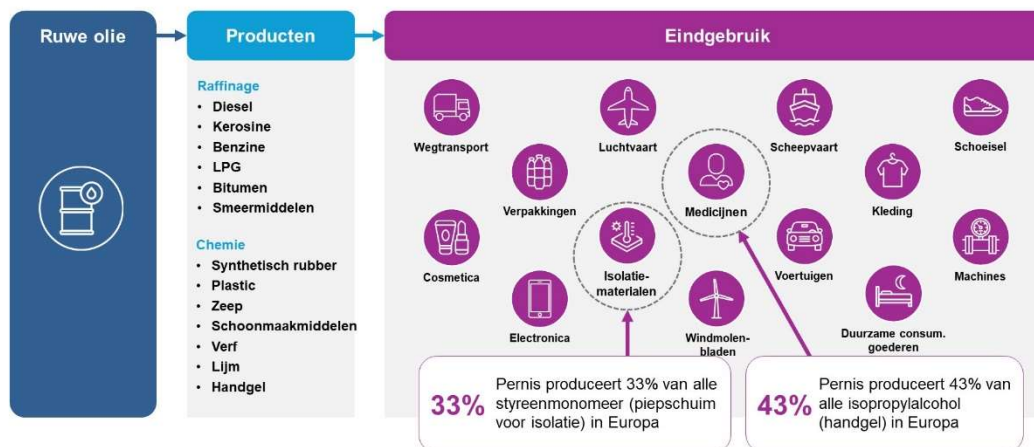
Bron: Productie S-254, Lijst met standaarddepots (met landen en steden) die worden bevoorradt vanuit Shell Energy and Chemicals Park Rotterdam (Pernis) en Rheinland en een tabel met hoeveelheden vliegtuigbrandstof, nafta en diesel en <https://www.shell.nl/shell-stations/stations-locator.html>.

- 9.3.6 In het groen ziet u hier de Central European Pipeline System (CEPS), dat via verschillende takken een aantal lidstaten verbindt. Dit is tevens de grootste NAVO-pijpleiding, "*designed and managed to meet operational requirements in Central Europe in peace, crisis and conflict*".⁶⁵ Via die pijpleiding wordt ook kerosine geleverd aan militaire vliegbases van NAVO-lidstaten, waaronder de vliegbases van de VS, die de grootste militaire klant is.⁶⁶
- 9.3.7 Oranje is de Rhein-Main-Rohr pijpleiding, die grofweg van Rotterdam via Venlo naar onder andere het Ruhrgebied en Frankfurt loopt. Via deze pijpleidingen gaan dagelijks grote productstromen de EU-grenzen over tussen Nederland, Duitsland, Luxemburg, Oostenrijk, Frankrijk, Denemarken, Zweden, Italië, enzovoort. In het groen ziet u daarnaast depots die Shell gebruikt om haar producten in op te slaan. De grijze stippen geven de Shell tankstations in datzelfde gebied weer.
- 9.3.8 Ik neem Pernis als voorbeeld om te laten zien hoe verknoot en hoe groot de intra-EU-handel van Shell is. En dat alleen al vanuit dit ene punt. Deze handel leidt tot rapportage van Scope 3-emissies, omdat producten worden verkocht die uiteindelijk door een eindgebruiker zullen worden gebruikt om energie op te wekken. Overigens wordt in de raffinaderij van Pernis een veelheid aan producten gemaakt voor dagelijks gebruik. Ook producten waar u misschien niet meteen aan denkt. In dit overzicht is dat te zien.

⁶⁵ Zie: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49151.htm.

⁶⁶ <https://english.defensie.nl/topics/defence-pipelines/pipeline-network>.

Producten van Shells raffinaderij (Pernis) en chemiecomplex (Moerdijk) hebben uiteenlopende toepassingen



9.3.9 Het Reductiebevel valt daarmee onder artikel 34 VWEU, aangezien de maatregel "*al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel*" de handelstromen tussen EU-landen kan beïnvloeden.⁶⁷ De intra-EU-verkopen leiden in de boeken van Shell tot gerapporteerde Scope 3-emissies. Shell kan de gerapporteerde Scope 3-emissies verlagen door minder producten te verkopen. Dat kan zij bijvoorbeeld doen door vanuit Pernis minder producten aan Duitse klanten te verkopen. Of door tankstations in de EU af te stoten aan concurrenten en die niet langer van brandstof te voorzien. Zij zou dan, als gevolg daarvan, minder brandstof leveren aan die landen. Haar concurrenten zullen dat dan doen, hetgeen ook maakt dat de Reductieverplichting in strijd is met de bepalingen rondom de interne markt.⁶⁸

9.3.10 Wat Shell betreft is de stelling van Milieudefensie dat de Reductieverplichting "*te onzeker en indirect*" is om de handel binnen de EU te beïnvloeden dus onjuist.⁶⁹ Die stelling is ook tegenstijdig met andere bronnen waar Milieudefensie zich op beroept. Zoals op de Expert Letter van Erickson⁷⁰ voor de bewering dat, vanwege de grote koopkracht van Shell, de Reductieverplichting invloed heeft op de vraag van consumenten naar Shells eigen olie en gas. *En* op de vraag naar olie en gas die door onafhankelijke

⁶⁷ HvJ EG 11 juli 1974, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82 (*Dassonville*), r.o. 5. Zie nader Memorie van Grieven, par. 6.3.1 e.v.

⁶⁸ Artikel 3 lid 3 VEU en Protocol (nr. 27) betreffende de interne markt en de mededinging.

⁶⁹ Memorie van Antwoord, par. 1010.

⁷⁰ Productie MD-469, P. Erickson, F. Green, C. Hagem, S. Pye, Expert Letter: The likely effect of Shell's Reduction Obligation on oil and gas markets and greenhouse gas emissions.

producenten aan Shell wordt verkocht.⁷¹ Dit valt moeilijk te rijmen met de eerdere stelling dat het effect van de Reductieverplichting te "onzeker en indirect" is. Het is van tweeën één: óf het effect van de Reductieverplichting is als geheel te onzeker en indirect, waardoor Milieudefensie geen belang heeft bij haar vordering, óf de Reductieverplichting heeft wel effect en beperkt onvermijdelijk de intra-EU-handel. In dat laatste geval is sprake van gelijke werking als een kwantitatieve beperking, en dat is verboden door artikel 34 VWEU.

9.4 **De Reductieverplichting is disproportioneel en ongeschikt om de nagestreefde doelstellingen te bereiken**

- 9.4.1 Een maatregel in de zin van artikel 34 VWEU, zoals de Reductieverplichting, kan gerechtvaardigd zijn om redenen van milieubescherming. Daarvoor is vereist dat de maatregel noodzakelijk is om een legitiem doel te bereiken, en evenredig is. De Rechtbank heeft deze vereiste proportionaliteitstoets niet uitgevoerd.⁷²
- 9.4.2 De verwijzing naar *Urgenda* kan Milieudefensie ook in het kader van het EU recht niet baten.⁷³ Ook als het zo zou zijn dat een vordering tegen een staat effectief is in het terugdringen van emissies op het grondgebied van die staat, geldt dat zo'n vordering hier niet voorligt. Zoals ik in het volgende deel van dit pleidooi zal toelichten, draagt het Reductiebevel helemaal niet bij aan het verminderen van wereldwijde emissies; die kunnen daardoor zelfs toenemen. De proportionaliteitstoets voor een vordering tegen de Nederlandse Staat is daarmee volledig anders dan de proportionaliteitstoets in deze zaak.
- 9.4.3 Zoals uiteengezet in de Memorie van Grieven, moet een maatregel geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken.⁷⁴ Een maatregel is alleen geschikt "*wanneer het bereiken [van het doel; toevoeging advocaten] daadwerkelijk op coherente en stelselmatige wijze wordt nagestreefd.*"⁷⁵ Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat maatregelen die alleen gericht zijn tegen bepaalde spelers, maar niet tegen anderen in een vergelijkbare situatie, niet consequent en systematisch zijn. Daarom zijn zulke maatregelen ongeschikt om een bepaald nagestreefd

⁷¹ Productie MD-469, P. Erickson, F. Green, C. Hagem, S. Pye, Expert Letter: The likely effect of Shell's Reduction Obligation on oil and gas markets and greenhouse gas emissions, p. 8.

⁷² Memorie van Grieven, par. 6.3.9-6.3.18.

⁷³ Memorie van Antwoord, par. 988 e.v.

⁷⁴ Memorie van Grieven, par. 6.3.15.

⁷⁵ Zie bijv. HvJ EU 21 december 2011, C-28/09, ECLI:EU:C:2011:854 (*Europese Commissie/Republiek Oostenrijk*), r.o. 126. Zie ook HvJ EU 11 maart 2010, C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio Group Srl/Comune di Carbognano*), r.o. 51.

rechtmatig belang te verwezenlijken.⁷⁶ De Reductieverplichting wordt slechts aan één economische speler opgelegd – Shell. Alleen daarom al kan de maatregel niet de door Milieudefensie geclaimde doelstellingen op een "*coherente en stelselmatige*" manier bereiken, om zo de beperking op intra-EU-handel te rechtvaardigen. Bovendien is het gevraagde Reductiebevel geen effectief mechanisme om emissies te reduceren en dus niet geschikt om het beoogde doel te bereiken. Ook in het geval de norm op andere bedrijven in Nederland van toepassing zou zijn – hetgeen zeer grote gevolgen zou hebben voor de Nederlandse economie⁷⁷ – blijft dit punt staan.

9.5 De Reductieverplichting is niet gerechtvaardigd en het betoog van Milieudefensie is rechtens onjuist

9.5.1 Voor die opvatting van Milieudefensie dat zelfs als de Reductieverplichting in strijd is met de EU-regels inzake vrij verkeer, het nog steeds gerechtvaardigd kan zijn op grond van het EVRM, bestaat geen steun in de wet of relevante jurisprudentie.⁷⁸

9.5.2 In de rechtsorde van de EU hebben EU-verdragen voorrang boven het EHRM. EU-lidstaten hebben op grond van hun lidmaatschap van de EU "*aanvaard dat hun onderlinge betrekkingen op de gebieden waarvoor zij hun bevoegdheden aan de Unie hebben overgedragen, worden geregeld door het recht van de Unie, met uitsluiting van elk ander recht, voor zover dit wordt vereist door het Unierecht*".⁷⁹ Een internationale overeenkomst, zoals het EVRM, kan niet prevaleren boven het primaire recht van de Unie.⁸⁰

9.5.3 Zoals we al eerder bespraken, omvat het EU-recht een bescherming van de mensenrechten die gelijkwaardig is aan het EVRM. Mensenrechtendoelstellingen kunnen beperkingen op het vrije verkeer van goederen rechtvaardigen, mits *onder andere* de maatregel in kwestie geschikt is voor dat doel. Als de maatregel niet geschikt is of op een andere manier disproportioneel is, voldoet hij niet aan de toets van artikel 34 VWEU.

9.5.4 Het EHRM erkent zelf dat er een vermoeden is dat de op grond van EU-recht geboden bescherming van de mensenrechten gelijkwaardig is aan die van het

⁷⁶ Zie bijv. HvJ EU 11 maart 2010, C-384/08, ECLI:EU:C:2010:133 (*Attanasio Group Srl/Comune di Carbognano*), r.o. 50-53.

⁷⁷ Productie S-230, G.J. Kramer, 12 december 2023, *Brief over de Milieudefensie/Shell-procedure*.

⁷⁸ Memorie van Antwoord, par. 1013 e.v., in het bijzonder par. 1028-1030).

⁷⁹ HvJ EU, 18 december 2014, advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, (advies krachtens artikel 218 lid 11 VWEU), r.o. 193.

⁸⁰ HvJ EG 3 september 2008, C-402/05 P en C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461 (*Kadi en Al Barakaat Internationale Stichting/Raad en Commissie*) r.o. 307-308.

EVRM (de zogeheten *Bosphorus*-doctrine, die gisteren aan de orde kwam).⁸¹ Zoals ik al eerder opmerkte, is het officiële standpunt van de EU inzake klimaatverandering, dat:

"[...] *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.*"⁸²

9.5.5 Eisers beroepen zich op het arrest *Holship* van het EHRM.⁸³ Het lijkt erop dat de onjuiste lezing van Milieudefensie voorkomt uit een verkeerd begrip van dit arrest. Want die uitspraak had niets te maken met het EU-recht. De *Holship*-zaak ging over een botsing tussen de vrijheid van vereniging (artikel 11 EVRM) en de vrijheid van vestiging. Niet de vrijheid van vestiging op grond van het EU-recht, maar op grond van artikel 31 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER). Het verzoek bij het EHRM in *Holship* werd ingediend door Noorwegen, dat géén EU-lidstaat is. De zaak *Holship* is derhalve niet rechtstreeks van toepassing op rechten die voortvloeien uit EU-verdragen, en kan geen stellingen ondersteunen over een hiërarchie tussen EVRM-rechten en EU interne-marktvrijheden.

9.5.6 De verhouding tussen het EER-recht en het EVRM verschilt duidelijk van de relatie tussen het EU-recht en het EVRM.⁸⁴ In de *Holship*-zaak oordeelde het EHRM dat, anders dan in zaken betreffende het EU-recht, de *Bosphorus*-doctrine niet van toepassing was, omdat het geschil betrekking had op rechten uit hoofde van de EER-Overeenkomst. Alleen daarom is het EHRM in die zaak overgegaan tot de materiële beoordeling van de afweging van mogelijke beperkingen van artikel 11 EVRM tegen de vrijheid van vestiging in het kader van het EER-recht.⁸⁵ Het is dus in directe tegenspraak met het arrest van het

⁸¹ Ook bekend als het *equal protection doctrine*. Zie EHRM, *Bosphorus Hava Yollan Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v Ireland* (30 juni 2005), Application no. 45036/98, r.o. 155, 156, 159-166.

⁸² 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.

⁸³ EHRM, *Noorse Confederatie van Vakbonden (LO) en Noorse Transportarbeidersbond (NTF) v Noorwegen* (10 juni 2021), nr. 45487/17; Memorie van Antwoord, par. 1024 e.v.

⁸⁴ EHRM, *Konkurreten.no AS v Noorwegen* (5 november 2019), nr. 47341/15, r.o. 43.

⁸⁵ EHRM, *Noorse Confederatie van Vakbonden (LO) en Noorse Transportarbeidersbond (NTF) v Noorwegen* (10 juni 2021), nr. 45487/17, par. 104-108. Zie ook EHRM, *Konkurreten.no AS v Noorwegen* (5 november 2019), nr. 47341/15, r.o. 43, waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde dat "*the basis for the presumption established by Bosphorus is in principle lacking when it comes to the implementation of*

EHRM om te concluderen dat de afweging van rechten in *Holship* ook voor het EU-recht zou gelden. Ook hierdoor wordt de Reductieverplichting dus niet gerechtvaardigd, reden waarom het een door artikel 34 VWEU verboden maatregel is.

9.6 De Reductieverplichting schendt hoe dan ook artikel 4 lid 3 VEU

- 9.6.1 De Reductieverplichting ondermijnt daarnaast het EU-recht en het EU-beleid in fundamentele opzichten. Het is daarmee in strijd met de verplichting van artikel 4 lid 3 VEU voor de lidstaten om "*de vervulling van de taak van de Unie [te vergemakkelijken] en [zich te] onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.*" Dit komt omdat de Reductieverplichting het wettelijk en beleidskader van de EU met betrekking tot klimaatverandering negeert.
- 9.6.2 Over dat kader is al het nodige gezegd⁸⁶ en ik zal dat niet allemaal herhalen. Ik merk alleen op dat de EU na uitvoerig onderzoek en debat is gekomen tot EU Fit for 55-pakket: een mix van beleidskeuzes die volgens haar het meest geschikt zijn om de meest ambitieuze realistische broeikasgasreducties ter wereld te realiseren. Dat beleidskader is bedoeld om de investeringen en technologische ontwikkelingen te stimuleren die nodig zijn om de betreffende reducties te realiseren, om het risico te verkleinen dat emissies buiten het bereik van het EU-kader vallen en om te zorgen voor een eerlijke en betrouwbare energievoorziening binnen de EU. Milieudefensie miskent dat de Reductieverplichting deze EU-beleidsdoelstellingen in gevaar brengt. De Rechtbank was, in tegenstelling tot de wetgever, niet toegerust om de hiervoor noodzakelijke afwegingen te maken.
- 9.6.3 Ten slotte geldt dat alleen Shell is gehouden aan de Reductieverplichting. Haar concurrenten zijn dat niet. Dit verstoort de concurrentie tussen Shell en andere spelers in de markt die niet onderworpen zijn aan zo'n verplichting. Het ondermijnt zo het *level playing field* dat door de interne markt van de EU tot stand is gebracht, hetgeen niet is toegestaan.⁸⁷

EEA law at domestic level within the framework of the EEA Agreement, due to the specificities of the governing treaties, compared to those of the European Union."

⁸⁶ Memorie van Grieven, par. 6.4 en par. 3.3. Zie ook de Schriftelijke pleitnota zijdens Shell plc, d.d. 19 maart 2024, m.n. Hoofdstuk 2.

⁸⁷ Artikel 3 lid 3 VEU en Protocol (nr. 27) betreffende de interne markt en de mededinging. Zie tevens Memorie van Grieven, par. 6.4.1 en 6.4.2 en de aldaar genoemde artikelen en jurisprudentie.