

Rechtbank Den Haag

Zaaknummer: C/09/571932 2019/379

Zitting: 15 december 2020

PLEITNOTITIE 6

Toewijsbaarheid van de vordering – deel 1

inzake:

1. Vereniging Milieudefensie

zowel voor zichzelf, als in haar hoedanigheid van procesgevolmachtigde en vertegenwoordiger van de mede-eisers die zijn vermeld op **bijlage A**, welke bijlage aan de dagvaarding is gehecht en daar deel van uitmaakt, gevestigd te Amsterdam;

2. Stichting Greenpeace Nederland,
gevestigd te Amsterdam;

3. Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, gevestigd te Harlingen;

4. Stichting ter bevordering van de Fossilvrijbeweging, gevestigd te Amsterdam;

5. Stichting Both ENDS, gevestigd te Amsterdam;

6. Jongeren Milieu Actief, gevestigd te Amsterdam;

7. Stichting ActionAid, gevestigd te Amsterdam

Eisers

Hierna ook te noemen: "Milieudefensie c.s."

Advocaten: mr. R.H.J. Cox

mr. D.M.J. Dexters

mr. A.J.M. van Diem

mr. S.J. Keuls

Contra

Royal Dutch Shell plc

Gevestigd te 's Gravenhage

Gedaagde

Advocaten: mr. D. Horeman

mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk

mr. N.H. van den Biggelaar

**PAULUSSEN
ADVOCATEN**

Edelachtbaar College,

Inleiding

1. Vandaag zal Milieudefensie c.s. nader toelichten waarom zij meent dat op een bedrijf dat in de uitzonderlijke positie van RDS verkeert, een bijzondere zorgplicht rust in relatie tot het mondiale klimaatprobleem en welke acties in dit verband van RDS gevergd mogen worden.
2. Gedurende de voorgaande zittingsdagen heeft Milieudefensie c.s. reeds uiteengezet dat RDS de controle heeft over de emissie-omvang van de Shell Groep en daarom op deze emissies kan worden aangesproken; dat RDS tot op heden de mondiale klimaatopgave alleen maar heeft tegengewerkt door middel van haar lobbyactiviteiten en grote politieke invloed; dat mondiaal breed wordt onderkend dat de hulp van niet-statelijke actoren zoals RDS noodzakelijk is om de Parijsdoelstelling te kunnen halen; en dat de komende 10 jaar cruciaal zijn voor het nog kunnen voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering.
3. Tevens is toegelicht dat de vergunningen waarover de dochtervennootschappen van RDS beschikken en de wereldwijde regulering door overheden – dan wel het gebrek daaraan – niet in de weg staan aan de toewijzing van de vordering. Ten slotte is uitgelegd dat – anders dan RDS stelt – het bestrijden van gevaarlijke klimaatverandering juist synergetisch is aan andere spelende nationale en internationale belangen, waaronder het belang van universele toegang tot energie en de duurzame ontwikkelingsdoelen van de Verenigde Naties in brede zin. Het volkenrecht, het mensenrechtenrecht en internationale richtlijnen zoals de UN Guiding Principles on Business and Human Rights wijzen allemaal dezelfde kant uit. Van een groot olie- en gasbedrijf als RDS mag worden verwacht en gevergd dat zij in lijn met de Parijsdoelstelling gaat handelen. Uw rechtbank hoeft geen terughoudendheid te betrachten bij de toewijzing van het gevorderde.
4. Gedurende het eerstvolgende uur van het pleidooi zal worden uitgelegd dat op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid – ingevuld aan de hand van de Kelderluikcriteria, het mensenrechtenrecht en soft law – op RDS een zorgplicht rust om bij te dragen aan de voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering. Vervolgens zal mr. Cox nader toelichten hoe de universeel gedragen en geaccepteerde veiligheidsnorm op basis van best beschikbare en breed erkende wetenschappelijke bevindingen een concrete invulling verkrijgt, hoe dit zich verhoudt tot de vordering en waarom deze aan RDS opgelegd kan worden.

Invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid

5. De mondiale consensus over wat er moet gebeuren om een voor mens en milieu gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, heeft juridische betekenis voor RDS. Naar Nederlands recht heeft RDS een maatschappelijke zorgplicht om bij te dragen aan het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering. In het kader van de beoordeling van de in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde maatschappelijke zorgvuldigheid, dient bij toetsing van een bepaalde gedraging in de gegeven omstandigheden van het voorliggende geval te worden

vastgesteld wat in die concrete feitelijke situatie maatschappelijk betamelijk gedrag is.

6. Zoals in de dagvaarding uitvoerig toegelicht, meent Milieudefensie c.s. dat voor de beoordeling van de maatschappelijke zorgplicht die op RDS in het onderhavige geval rust, gebruik gemaakt kan en moet worden van onder meer de Kelderluikcriteria.
7. De Kelderluikcriteria vinden niet slechts toepassing in (simpele) ongevals- of gevaarzettingsituaties, maar ook daarbuiten, zo wordt in literatuur en rechtspraak aangenomen. Hierbij is van belang dat de Kelderluikcriteria een rechtseconomische achtergrond kennen en aansluiten bij basale en 'common sense' noties aangaande de omgang met risico's.¹ Door – overeenkomstig de Kelderluikcriteria – de kosten van zorg af te wegen tegen de schade die ermee kan worden voorkomen, kan het optimale zorgniveau worden bepaald.²
8. Tegen deze achtergrond verdient opmerking dat vergelijkbare criteria ook in buitenlandse rechtsstelsels zijn aanvaard, zoals bijvoorbeeld de 'Learned Hand-formula' in Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels. Ook de Principles of European Tort Law en de Oslo Principles on Global Climate Obligations kennen een vergelijkbaar beoordelingskader. Bovendien kennen de Kelderluikcriteria belangrijke overeenkomsten met de gezichtspunten die het EHRM hanteert bij het beoordelen van verplichtingen in milieugevaarlijke situaties.³ De Kelderluikcriteria zijn volgens Milieudefensie c.s. dan ook bij uitstek geschikt voor toepassing in de onderhavige zaak.
9. De geschiktheid van de gevaarzettingsleer en de Kelderluikcriteria voor situaties van gevaarlijke klimaatverandering blijkt voorts uit de uitspraak van de rechtbank in de Urgenda-zaak.⁴ Wanneer in een klimaatzaak tegen de overheid de Kelderluikcriteria reeds goede aanknopingspunten kunnen bieden voor de beoordeling van de maatschappelijke zorgvuldigheid, geldt dat eens temeer voor de onderhavige zaak, waar het gaat om het handelen van een onderneming tegenover de burger. De Kelderluikcriteria vinden in de rechtspraak immers juist bij geschillen tussen ondernemingen en private partijen toepassing.
10. Het verweer van RDS dat de Kelderluikcriteria niet geschikt zouden zijn voor toepassing in een complexe casus als de onderhavige, kan dan ook niet slagen. De Kelderluikcriteria bieden goede handvaten voor de beoordeling van de in deze zaak relevante feiten en omstandigheden. Het toetsingskader biedt daarbij bovendien ruimte om alle omstandigheden van het geval mee te wegen en bijvoorbeeld daartoe aanvullende criteria te formuleren.

1 K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.3.9.7 met verwijzing naar Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/75; A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Privaatrecht nr. 4)*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 16; T. Hartlief, *RMTh* 2019, p. 21; en K.J.O. Jansen, *Informatieplichten (R&P nr. CA5)* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.1.3 (met vermelding van andere auteurs).

2 L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatige daadsrecht* (diss. EUR), Rotterdam: EUR 2005, p. 65.

3 Aldus PG Langemeijer en Wissink in de Urgenda-zaak, ECLI:NL:PHR:2019:887, r.o. 2.23, met nadere verwijzingen aldaar. Zie in dit verband ook de door prof. mr. Cees van Dam geformuleerde vragen, aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of een onderneming zich voldoende zorgvuldig gedraagt, in het bijzonder in relatie tot mensenrechten. Ook deze vertonen grote overeenkomsten met de Kelderluikcriteria. In: C. Van Dam, 'Onderneming en mensenrechten' Oratie Universiteit Utrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, p. 58 – 63.

4 Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

Dit blijkt ook duidelijk uit de Urgenda uitspraak in eerste aanleg, waar de rechtbank de Kelderluikcriteria op het specifieke gevaar van klimaatverandering heeft toegespitst en ook heeft aangevuld met een zesde criterium ter zake de beleidsvrijheid die de staat toekomt bij de uitvoering van zijn publieke taak.⁵

11. De toetsing houdt bovendien niet op bij de enkele toepassing van de Kelderluikcriteria. Ook andere omstandigheden van het geval kunnen worden meegewogen. Dit blijkt onder meer uit pleitnotitie 5 'de dubbele uitdaging', zoals voorgedragen gedurende zittingsdag 2, waarmee ook andere spelende nationale en internationale belangen zijn toegelicht..
12. Ten slotte meent Milieudefensie c.s. dat, in aanvulling op en in onderlinge samenhang met de Kelderluikcriteria, de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm ingevuld dient te worden aan de hand van het geldend mensenrechtenrecht en soft law.
13. Relevant in dit verband is dat in de Urgenda-zaak alle drie de instanties tot eenzelfde conclusie zijn gekomen en dat zij zich bij die rechtsvinding hebben bediend van dezelfde bronnen: EHRM-rechtspraak, internationale mensenrechten, internationale klimaatregelgeving, internationale soft law en de best beschikbare klimaatwetenschap. De rechtbank middels reflexwerking in het nationale recht via de maatschappelijke zorgvuldigheid. Het hof en de Hoge Raad via een daarmee vergelijkbare common-ground methode, inhoudende dat voor de uitleg en de strekking en reikwijdte van de mensenrechten uit het EVRM naar de voornoemde bronnen wordt gekeken en aansluiting wordt gezocht bij breed gedeelde opvattingen in internationaal verband.⁶
14. In het navolgende zal nader worden toegelicht welke conclusies volgen uit de toepassing op de onderhavige zaak van de Kelderluikcriteria, het mensenrechtenrecht en soft law.

Invulling Kelderluikcriteria

15. Voor het overzicht zal ik eerst kort de Kelderluikcriteria benoemen, zoals deze door uw rechtbank zijn geformuleerd in de Urgenda-zaak:⁷
 - i. de aard en de omvang van de schade als gevolg van klimaatverandering;
 - ii. de bekendheid en de voorzienbaarheid van deze schade;
 - iii. de kans dat gevaarlijke klimaatverandering zich zal verwezenlijken;
 - iv. de aard van de gedragingen (of het nalaten) van RDS; en
 - v. de bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen;

één en ander mede gelet op de stand van de wetenschap, de beschikbare (technische) mogelijkheid tot het nemen van veiligheidsmaatregelen en de kosten-/batenverhouding van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

⁵ Zie r.o. 4.63.

⁶ Zie ook de conclusie van plv. P-G Langemeijer en A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2019:887 voor: HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda), onder 2.31 en onder 2.72: "De common ground-methode is enigszins vergelijkbaar met de reflexwerking die nationale rechters bij het invullen van open normen in de nationale wet kunnen toekennen aan niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en 'soft law'."

⁷ Zie r.o. 4.63.

16. Milieudefensie c.s. zal nu eerst kort ingaan op criteria (i) en (iii), ter zake de aard en omvang van de schade als gevolg van klimaatverandering en de kans dat de gevaarlijke klimaatverandering zich zal verwezenlijken.

(i) Aard en omvang van de schade en (iii) kans dat gevaarlijke klimaatverandering zich zal verwezenlijken

17. De aard en omvang van de schade is reeds uitgebreid toegelicht in de dagvaarding en tijdens de eerste twee dagen van dit meerdaagse pleidooi.
18. De UN Special Rapporteur on Human Rights and the Environment vat het goed samen (citaat):⁸

“The most pressing environmental risk is climate change, which not only exacerbates air pollution and biodiversity loss, but multiplies a broad range of risks, detailed below, leading to negative impacts on billions of people. A growing number of States, including Canada, France and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, have declared a global climate emergency.”

en

“Climate change is already, at warming of 1°C, having a negative impact on billions of people. According to the Intergovernmental Panel on Climate Change, “warming of 1.5°C is not considered ‘safe’ for most nations, communities, ecosystems and sectors and poses significant risks to natural and human systems as compared to the current warming of 1°C.”²² As temperatures increase, so do the negative impacts. At 2°C, the Intergovernmental Panel on Climate Change forecasts that droughts and heat waves will be more frequent and twice as long, 100 million more people will face water insecurity, and the risks of an ice-free Arctic and glacier-free mountains will rise substantially. It will be easier and less expensive to ensure adaptive capacity and resilience at 1.5°C compared to 2°C or higher.”

19. In deze zaak kan en moet als uitgangspunt gelden dat de aard en omvang van de schade aan het milieu wereldomvattend en van ongekende ernst is. Dit kan niet vaak genoeg benadrukt worden, maar hier kan eigenlijk ook geen discussie over bestaan.
20. Ook de verstrekkende gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering voor Nederland mogen niet onderschat worden. Het zou een misvatting zijn om te denken dat een welvarend land als Nederland eenvoudig in staat zal zijn weerstand te bieden tegen deze gevolgen. Zoals toegelicht in hoofdstuk VII.2.2 en verder van de dagvaarding, en benadrukt in de akte van Milieudefensie c.s. van 4 december 2020, vormt een excessieve klimaatopwarming ook een zeer ernstige bedreiging voor Nederland.
21. Actie van niet-statelijke actoren zoals RDS is noodzakelijk om de kans op het zich verwezenlijken van de bovenbeschreven schade terug te dringen. Ook kan niet langer gewacht worden met het ondernemen van actie. Dit is reeds uitgebreid toegelicht in de dagvaarding, in het openingspleidooi en in de akte toelichting eiswijziging van 6 november 2020.

⁸ Safe Climate, A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment (productie 270), p. 8 en p. 15.

22. Over de aard en omvang van de schade, de kans dat deze zich zal verwezenlijken, en ook wat noodzakelijk is om te doen om deze risico's te beperken, bestaat brede consensus, zowel op wetenschappelijk vlak alsook tussen landen wereldwijd. RDS kan dit ook niet betwisten. Door middel van het VN Klimaatverdrag en het Klimaatakkoord van Parijs is gekomen tot een universeel gedragen en geaccepteerde veiligheidsnorm, welke fungeert als ondergrens voor wat minimaal noodzakelijk is om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen. De rechtbank, het hof en de Hoge Raad hebben het voorgaande in de Urgenda-zaak onderkend en met zoveel woorden bevestigd.
23. Voor nu kan met betrekking tot Kelderluikcriteria (i) en (iii) geconcludeerd worden dat de aard en omvang van de schade enorm is en dat de kans dat gevaarlijke klimaatverandering zich zal verwezenlijken reëel is, wanneer niet zo snel mogelijk alle zeilen worden bijgezet om deze te voorkomen. Daarbij zijn de komende tien jaren cruciaal. Dit behoort in de te maken belangenafweging ter zake de maatschappelijke zorgvuldigheid een zeer zwaar – en naar mening van Milieudefensie c.s. doorslaggevend – gewicht in de schaal te leggen.
24. Milieudefensie c.s. zal nu ingaan op de rol die mensenrechten zouden moeten spelen bij de te maken belangenafweging in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheid. Daarna zal worden ingegaan op de resterende Kelderluikcriteria.

Gevaarlijke klimaatverandering valt onder de reikwijdte van mensenrechten

25. Naast de Kelderluikcriteria, hebben artikelen 2 en 8 van het EVRM alsook andere internationaal erkende mensenrechten normatieve betekenis voor de vaststelling van de omvang van de zorgplicht die RDS toekomt.
26. RDS stelt in dit verband dat de reikwijdte van artikel 2 en 8 EVRM niet zodanig breed is dat zij een kwestie als klimaatverandering omvat. De onjuistheid van dit standpunt is evident, zoals volgt uit de uitspraak van de Hoge Raad in de Urgenda-zaak.⁹ De Hoge Raad heeft overwogen (citaat):
- “5.7.9. Klimaatverandering bedreigt mensenrechten, zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 5.6.2 is overwogen. Dit wordt ook buiten het verband van de Raad van Europa internationaal erkend.”*
27. De Hoge Raad komt via de ‘common-ground’-methode tot de conclusie dat de artikelen 2 en 8 van het EVRM wel degelijk bescherming bieden tegen gevaarlijke klimaatverandering.¹⁰ Daarbij heeft de Hoge Raad zich bediend met breed gedragen wetenschappelijke inzichten¹¹ en inspiratie geput uit internationale regelgeving, erkende rechtsbeginselen en andere soft law, als uitdrukking van breed gedragen (rechts)opvattingen.¹² Hierbij wordt gebruik gemaakt van onder meer het VN-Klimaatverdrag en het Akkoord van Parijs. De Hoge Raad heeft aldus onderzocht of er voldoende objectieve gronden bestaan waaraan in het gegeven geval een concrete norm kan worden ontleend, die rechtens moet worden nageleefd.

9 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.

10 Ibid. r.o. 5.6.1, met verwijzing naar de besproken rechtspraak in 5.2.1 – 5.5.3.

11 Ibid. r.o. 5.4.3.

12 Ibid. r.o. 5.4.2. en 6.3.

Het doen van dit onderzoek door de rechter naar objectieve gronden waaraan in het gegeven geval een concrete norm kan worden verleend, is volgens de Hoge Raad vereist om te komen tot een effectieve rechtsbescherming in de zin van art. 13 van het EVRM.¹³

28. De Hoge Raad verwijst ter onderbouwing naar de conclusie van plv. PG Langemeijer en AG Wissink (citaat):

“2.79 Vanuit mensenrechtelijk perspectief is van belang dat in internationaal verband het verband tussen klimaatverandering en mensenrechten de afgelopen jaren steeds vaker en steeds nadrukkelijker is gelegd. (...)

Daarbij gaat het overigens niet uitsluitend om art. 2 en art. 8 EVRM. Een uitdrukkelijke verwijzing naar de rechten van de mens is terug te vinden in de inleiding van het meergenoemde Akkoord van Parijs (2015):

“Acknowledging that climate change is a common concern of humankind, Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity.”

29. Uit het voorgaande blijkt dat de stelling van RDS dat de artikelen 2 en 8 van het EVRM als zodanig geen rechtsbescherming bieden tegen gevaarlijke klimaatverandering, niet kan slagen.
30. Naast artikelen 2 en 8 EVRM valt gevaarlijke klimaatverandering ook onder de reikwijdte van andere universeel erkende mensenrechten. Zoals toegelicht baseert de Hoge Raad zijn oordeel dat klimaatverandering valt binnen de reikwijdte van artikel 2 en 8 van het EVRM, juist op de constatering dat internationale consensus bestaat dat mensenrechten door klimaatverandering bedreigd worden.
31. In de dagvaarding is in dit verband ook reeds gewezen op Resolutie 10/4 van de VN Mensenrechtenraad uit 2009.¹⁴ Deze resolutie stelt – met een verwijzing naar onder meer de Universele Verklaring van de rechten van de Mens¹⁵, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten¹⁶ en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten¹⁷ – dat klimaatverandering wereldwijd een bedreiging voor diverse door de voornoemde verdragen beschermde mensenrechten is, waaronder het recht op leven.
32. The UN Special Rapporteur on Human Rights and the Environment komt tot dezelfde conclusies (citaat):

¹³ Ibid. r.o. 6.4.

¹⁴ Dagvaarding, par. 399.

¹⁵ Relevant zijn: art. 3 (recht op leven, vrijheid en onschendbaarheid van persoon) en art. 12 (vrijwaring van inmenging in de persoonlijke levenssfeer).

¹⁶ Relevant zijn art. 6 (recht op leven) en art. 17 (bescherming tegen inmenging privéleven).

¹⁷ Relevant is art 11 (right to adequate standard of living).

“The Special Rapporteur concludes that a safe climate is a vital element of the right to a healthy environment and is absolutely essential to human life and well-being.”¹⁸

“it is clear that the global climate crisis will worsen, with devastating implications for human rights, unless society changes direction.”¹⁹

“Climate change is having a major impact on a wide range of human rights today, and could have a cataclysmic impact in the future unless ambitious actions are undertaken immediately. Among the human rights being threatened and violated are the rights to life, health, food, water and sanitation, a healthy environment, an adequate standard of living, housing, property, self-determination, development and culture.”²⁰

33. De Special Rapporteur legt in zijn rapport vervolgens uit in welke internationale verdragen en andere rechtsbronnen de in het voorgaande citaat genoemde mensenrechten zijn opgenomen en hoe deze door gevaarlijke klimaatverandering worden aangetast.²¹
34. Net zozeer als gevaarlijke klimaatverandering valt onder de reikwijdte van artikelen 2 en 8 van het EVRM, blijkt uit het voorgaande dat er sprake is van een brede internationale consensus dat ook andere internationaal erkende mensenrechten geraakt worden door en bescherming bieden tegen gevaarlijke klimaatverandering. Zoals bij Kelderluikcriteria (i) en (iii) toegelicht, betreft wereldwijd het klimaatprobleem een maatschappelijk gevaar van ongekende omvang. Het enkele feit dat op mondiaal niveau gevaarlijke klimaatverandering categorisch tot mensenrechtenschendingen leidt, betreft een nadere bevestiging van de ernst en omvang van dit probleem. Dat bij de te maken belangenafweging een zwaar gewicht moet toekomen aan deze mensenrechten is daaraan inherent.
35. Ik zal nu nader toelichten hoe ook de voornoemde mensenrechten ‘doorwerken’ in de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in artikel 6:162 BW.

Horizontale werking mensenrechten

36. Er kan geen discussie bestaan dat tegen staten in relatie tot klimaatverandering een direct beroep gedaan kan worden op voornoemde mensenrechten en dit volgt ook uit de Urgenda-uitspraak van de Hoge Raad. Resteert enkel de vraag in welke mate een beroep gedaan kan worden op deze mensenrechten tegenover een private partij zoals RDS.
37. In de Nederlandse rechtspraak is op ruime schaal horizontale werking toegekend aan de artikelen uit het EVRM, via open normen van het privaatrecht zoals de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW.²²

18 Safe Climate, A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment (productie 270), p. 8.

19 Safe Climate, A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment (productie 270), p. 8.

20 Safe Climate, A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment (productie 270), p. 18.

21 Safe Climate, A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment (productie 270), vanaf p. 18.

22 Zie in dit verband ook het citaat van prof. mr. Hartkamp, zoals aangehaald in de dagvaarding, par 667, uit: Asser/Hartkamp 3-I 2015/226 (*Europees Recht en Nederlands Vermogensrecht*).

38. In de literatuur wordt in dit verband als een nadere uitwerking van deze ‘horizontale werking’ een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte werking.
39. RDS stelt zich op het standpunt dat het EVRM niet direct op haar van toepassing is, omdat de EVRM artikelen zich richten tot de overheid. In het geval van indirecte horizontale werking meent RDS dat alle betrokken belangen even zwaar wegen en dat in zoverre geen bijzonder gewicht toekomt aan een mee te wegen mensenrecht, anders dan bij een directe horizontale werking.
40. Voor zover RDS betoogt dat mensenrechten in de te maken belangenafweging nooit een zwaarder gewicht toekomt dan de andere spelende belangen, strookt dit niet met de wetsgeschiedenis, de heersende rechtsopvatting volgens de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad en de rechtsliteratuur. Men neemt algemeen aan dat er, ondanks de theoretische tweedeling tussen directe en indirecte werking, per casus op een genuanceerde wijze moet worden beoordeeld in welke mate grondrechten in de maatschappelijke verhoudingen doorwerken en hoe zwaar zij wegen. Ook bij indirecte werking kan namelijk wel degelijk een doorslaggevende zwaarte toekomen aan mensenrechtelijke belangen.
41. In dit kader wordt hier allereerst gewezen op de totstandkomingsgeschiedenis. Volgens de regering dient in dit verband een genuanceerde benadering te worden gehanteerd. In de woorden van de regeringscommissaris (citaat):

“Een redelijke uitleg zal tot de conclusie moeten leiden dat horizontale werking wel is toegestaan. Daarna zal van geval tot geval en van groep gevallen tot groep gevallen moeten worden nagegaan in hoeverre die horizontale werking moet worden toegekend.”²³

42. De theoretische tweedeling tussen directe en indirecte werking kan ook wel getypeerd worden als een dogmatische ‘etikettenstrijd’ en is voor de praktijk minder relevant.²⁴ Lindenbergh verwoordt het als volgt (citaat):

“Vanuit technisch-juridisch oogpunt hoeft de ene visie in de praktijk niet tot ‘meer doorwerking’ te leiden dan de andere: directe werking kan zeer beperkt worden opgevat, terwijl indirecte werking zeer substantieel kan zijn. Inmiddels kent ons recht dan ook vele voorbeelden van indirecte werking in uiteenlopende vormen en gradaties.”²⁵

43. Het weinig praktisch belang van het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking blijkt ook uit rechtspraak waarin rechters, ook de Hoge Raad, vaak grondrechten betrekken in hun beoordeling bij afweging van de betrokken wederzijdse belangen,

23 Handelingen II 1976/77, 35, p. 2127. Zie ook: ‘glijdende schaal van Boesjens’; *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 872, nr 3, p. 15-16. Zie ook Handelingen II 1976/77, 35, p. 2127; J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*, Den Haag (Boom Juridische Uitgevers) 2013 (diss. Utrecht), p. 20.

24 Wat bijvoorbeeld blijkt uit het gegeven dat de ene auteur een arrest schaart onder de noemer van directe werking en de ander onder indirecte werking. Zie hiervoor bijvoorbeeld Hartkamp, in: Asser/Hartkamp 3-I 2019/228 met vermelding van diverse auteurs, alsook AG Koopmans in randnummer 13 van zijn conclusie voor HR 18-06-1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002 met verwijzingen aldaar.

25 S.D. Lindenbergh, ‘Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen’, *WPNR* 2004, p. 979.

zonder dit steeds dogmatisch te duiden als een directe of indirecte werking.²⁶

44. De conclusie moet dan ook zijn dat door de Nederlandse rechter gehoor is gegeven aan de door de grondwetgever gewenste ‘casuïstische’ benadering, door op een pragmatische wijze fundamentele rechten als wezenlijke ‘rechtsbelangen’ in de oordeelsvorming te betrekken.²⁷
45. Dat, zoals RDS heeft aangevoerd, het EHRM geen directe werking aan EVRM artikelen heeft toegekend, kan aan het voorgaande niets afdoen. Uit de door RDS zelf in dit verband aangehaalde bron, volgt juist dat het EHRM het aan de nationale rechter – uw rechtbank – overlaat om aan de in het EVRM vervatte rechten een voor het geval geschikte horizontale werking toe te kennen.²⁸ Dat hoort ook bij de uitdrukkelijke verantwoordelijkheid die de rechter als onderdeel van de staat heeft, om EVRM rechten te waarborgen in private rechtsverhoudingen en – zoals zojuist reeds aangegeven – een effectieve rechtsbescherming te bieden in de zin van art. 13 van het EVRM.²⁹ In de jurisprudentie zijn bovendien ook voorbeelden te vinden waarin een zwaar gewicht wordt gehecht aan mensenrechten.³⁰
46. Uw rechtbank kan aan de internationale mensenrechten op gelijke wijze een reflexwerking toekennen binnen de belangenafweging ex artikel 6:162 van het BW. Het gaat immers om een open rechtsnorm met een sterk casuïstisch karakter, zodat rekening kan worden gehouden met de mondiale context en impact van deze zaak.

Aan de in geding zijnde mensenrechten komt in de onderhavige zaak een zwaar gewicht toe

47. Nu is toegelicht dat uw rechtbank de ruimte heeft en staatsrechtelijk ook de plicht heeft om op een pragmatische en casuïstische wijze te kijken naar de invloed van fundamentele rechten in de horizontale relatie, zal ik nu uitleggen waarom het in casu ook geboden is een zwaar gewicht te hechten aan de mensenrechten, naast de omstandigheid dat de aard en omvang van het gevaar en de aard van de specifieke universele mensenrechten die hierdoor geraakt worden – waaronder het recht op leven – naar mening van Milieudefensie c.s. inherent een zwaar gewicht in de schaal leggen.

26 Vgl: Cherednychenko, O.O., 2007. Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?. *Utrecht Law Review*, 3(2), p. 12 e.v. Dit blijkt ook uit het beschrevene in voetnoot 24. Zie voorts: Noorlander en Nehmelman, *Horizontale werking van grondrechten (HSB)*, Deventer: Kluwer (2013), p. 312.

27 Zo concludeert ook Emaus in haar proefschrift: J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*, Den Haag (Boom Juridische Uitgevers) 2013 (diss. Utrecht), p. 21.

28 Aldus Hartkamp: “Het EHRM heeft zoals gezegd geen directe horizontale werking aan de in het EVRM geregelde rechten toegekend, daarmee de kwestie aan de nationale rechter overlatend. In Nederland wordt het probleem op dezelfde wijze opgelost als bij de in de Grondwet geregelde grondrechten: de rechter is vrij in zijn uitleg van het verdrag en kan daaraan horizontale werking toekennen indien hem dit de gewenste oplossing toeschijnt.”; Asser/Hartkamp 3-I 2019/226.

29 Asser/Hartkamp 3-I 2019/20.

30 Zie bijvoorbeeld HR 09 januari 1987, NJ 1987, 928 (Bespiede bijstandsmoeder) waar de enkele inbreuk op het in artikel 8 EVRM vervatte belang in beginsel onrechtmatig wordt geacht. In dezelfde zin: HR 18-04-2014, ECLI:NL:HR:2014:942, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg) en HR 31-05-2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609, m.nt. J.B.M. Vranken (Aegon/K). Zie recent nog in: ECLI:NL:GHSHE:2020:1448. Of in de lagere rechtspraak: Rb. Leeuwarden (vzr.) 13-04-2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ1161.

48. De belangrijkste reden waarom het toekennen van een zwaar gewicht aan de in geding zijnde mensenrechten gerechtvaardigd is, openbaart zich wanneer men kijkt naar de redenen *waarom* ons recht überhaupt een horizontale werking van grondrechten kent.
49. Individuen worden in toenemende mate geconfronteerd met privaatrechtelijke organisaties die over aanzienlijke macht beschikken en hun levensvoorwaarden en levensomstandigheden in belangrijke mate bepalen. Niet langer bevinden alleen overheden zich aldus in een machtspositie ten opzichte van de burger. Dit machtsverschil uit zich voornamelijk bij organisaties die over financiële en technische middelen beschikken die individuen niet hebben en/of organisaties die oligopolist zijn.³¹ Elders in de literatuur wordt naast het verschil in geldelijk vermogen, bijvoorbeeld ook het verschil in kennis genoemd.³² In dit kader wordt in de literatuur ook expliciet erop gewezen dat de activiteiten van deze organisaties risico's voor individuele burgers of de samenleving als geheel met zich brengen die wezenlijk verschillen van de risico's die samenhangen met de activiteiten van natuurlijke personen.³³
50. De maatschappelijke ontwikkeling die deze tendens bij uitstek veroorzaakt – en waarnaar in dit kader ook expliciet wordt verwezen – is het fenomeen van de almaar toenemende globalisering.³⁴
51. Deze ontwikkeling ligt ook ten grondslag aan het werk van vooraanstaand auteur op het gebied van ondernemingen en mensenrechten, prof. mr. Cees Van Dam. Hij kenschetst de relatie tussen de globalisering en de toenemende aandacht voor mensenrechten treffend met de woorden *“Trade has been globalised – justice not yet”*.³⁵ Waar grondrechten ooit zijn ontstaan om de individuele burger te beschermen tegen de staat als machthebber, zijn – als gevolg van de genoemde globalisering – met name multinationals ook volgens hem inmiddels minstens zulke machtige maatschappelijke factoren.³⁶
52. De eerste uitspraken waarin horizontale werking werd aangenomen, zijn niet voor niets ingegeven door de aanwezigheid van machtsongelijkheid.³⁷ Machtsongelijkheid komt in onze

31 Noorlander en Nehmelman, *Horizontale werking van grondrechten* (HSB), Deventer: Kluwer (2013), p. 304-305. Zie ook: Gerards, in: *De invloed van fundamentele rechten op het materiele recht*, Kluwer 2013, p. 6 e.v. en de verwijzingen aldaar.

32 J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*, Den Haag (Boom Juridische Uitgevers) 2013 (diss. Utrecht), p. 37.

33 R. Nehmelman en C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 304-305, tevens onder verwijzing naar een treffend citaat van Clapham: *“(…) the emergence of new fragmented centres of power, such as associations, pressure groups, political parties, trade unions, corporations, multinationals, universities, churches, interest groups, and quasi-repression, and alienation in a variety of new bodies, whereas once it was only the apparatus of the State which was perceived in the doctrine to exhibit these characteristics. This societal development has meant that the definition of the public sphere has to be adapted to include these new bodies and activities.”*

34 Zie in het kader van het EVRM: R. Nehmelman en C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 316.

35 C. Van Dam, ‘Onderneming en mensenrechten’ Oratie Universiteit Utrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, p. 17 e.v.

36 C. Van Dam, ‘Onderneming en mensenrechten’ Oratie Universiteit Utrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008, p. 24.

37 J.A. Hofman en B.M.J. Van der Meulen, in hun noot bij HR 05-06-1987, ECLI:NL:PHR:1987:AB9113, AB 1988, 276, onder 4: *“De tot nu toe bekende jurisprudentie (bijv. Hof Arnhem — pachtkamer — 15 nov. 1958, NJ 1959 no. 472, Pres. Rb. Den Haag 9 juni 1987, AB 1987, 580, HR 30 maart 1984, AB 1984, 366) waarin horizontale werking lijkt te zijn erkend, betreft meestal casus waarin de ene burger zich, in tegenstelling tot de in het privaatrecht veronderstelde gelijkheid van burgers, feitelijk in een maatschappelijke machtspositie bevindt ten opzichte van de andere burger, zoals de werkgever ten opzichte van de werknemer of de verpachter ten opzichte van de pachter e.d. Men zou deze relaties kunnen aanduiden als pseudo-*

ationale rechtspraak en literatuur dus met goede redenen steevast terug als het argument voor een vergaande horizontale werking.³⁸ Zo concludeerde plv. PG Langemeijer recentelijk nog als volgt in relatie tot een rechtsverhouding waarin machtsverschil per definitie aanwezig is, namelijk het arbeidsrecht:

“2.18 Verscheidene auteurs scharen zich onder de voorstanders van een verregaande of zelfs een ‘directe’ doorwerking van grondrechten in de arbeidsverhouding. De ‘verticale’ gezagsverhouding en de feitelijke machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer (vanwege de afhankelijkheid van werknemers bij het behoud van de arbeidsovereenkomst als bron van inkomsten uit arbeid) rechtvaardigen in hun ogen een sterke mate van doorwerking van grondrechten in arbeidsrechtelijke verhoudingen. (...)”³⁹

53. In het openingspleidooi en in de dagvaarding⁴⁰ is uitgebreid en met verwijzing naar John Ruggie aandacht besteed aan de met de globalisering samenhangende governance gap, welke maakt dat (nationale) overheden en publieke instellingen niet goed in staat zijn multinationale bedrijven te reguleren. Tevens is verduidelijkt hoeveel macht een handvol olie- en gasbedrijven de afgelopen decennia heeft gehad en dat zij een oligarchie vormen die met lobbypraktijken en PR campagnes grote invloed hebben op klimaatregelgeving en de energietransitie als zodanig, nu en in de toekomst. Daarbij is sprake van een grote economische macht vanwege, de tientallen miljarden die RDS jaarlijks in fossiel blijft investeren en de invloed die zij daarmee op de markt heeft. De consument is in dezen afhankelijk van welke energieproducten de grootste energiebedrijven in de wereld aan haar aanbieden. Ten slotte is toegelicht dat RDS met haar concernbeleid controle heeft over 1,2% van de mondiale emissies. De controle die RDS heeft over deze emissies is bovendien groter en directer dan de controle die een staat heeft, over de emissies van haar burgers en bedrijven.
54. RDS staat daarmee in een bijzondere machtspositie ten opzichte van kwetsbare belangen zoals milieu, natuur, armoedebestrijding, voedsel- en waterzekerheid, en het recht op leven en gezondheid en een ongestoord gezinsleven van talloze individuen, waaronder de ruim 17.000 individuele eisers. Het verschil in macht tussen RDS en een burger is evident.
55. Tezamen maken de voornoemde omstandigheden dat RDS een wezenlijke invloed heeft op de energietransitie en een zeer uitzonderlijke machtspositie heeft in relatie tot het veroorzaken en het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering, welke machtspositie naar aard, omvang en controle op zijn minst vergelijkbaar is met die van een staat. Dit rechtvaardigt en noodzaakt naar mening van Milieudefensie c.s. een zware weging van de in geding zijnde mensenrechten.
56. Als er één casus is waar het machtsverschil zo duidelijk aanwezig is en de aangesproken private partij qua macht en invloed op de problematiek een zodanig grote rol speelt, dat zij de rol van een staat zelfs overstijgt, is het deze. In het verlengde hiervan meent Milieudefensie c.s. dat uw rechtbank ook acht kan slaan op de in mensenrechtenbepalingen vervatte

verticaal; zij gelijken op de relatie burger-overheid zodat op haar de grondrechten met dezelfde ratio kunnen worden toegepast.”

³⁸ Zelfs hoewel Noorlander en Nehmelman geen voorstander zijn van directe horizontale werking, menen zij dat onder omstandigheden ook een directe horizontale werking geboden kan zijn, waarbij o.a. expliciet een sterke machtspositie wordt genoemd; R. Nehmelman en C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 309.

³⁹ ECLI:NL:PHR:2019:631.

⁴⁰ Zie onder meer par. 691-710.

beperkingsclausules, die in het geval van artikel 8 lid 2 EVRM een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets kent.⁴¹ In het hierna volgende deel van het pleidooi zal mr. Cox bij het bespreken van de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen laten zien dat RDS niet aan die proportionaliteits- en subsidiariteitstoets voldoet en zij daaraan dus in ieder geval geen rechtvaardigingsgrond kan ontlelen.⁴²

57. Met recht valt in deze zaak, qua machtspositie en invloed op het probleem, een vergelijking te trekken tussen RDS en een staat. In het specifieke geval van RDS bestaat er daarmee geen goed argument om aan de in het geding zijnde mensenrechten een minder zwaar gewicht toe te kennen, dan door de Hoge Raad is aangenomen in de Urgenda-zaak. Wanneer mensenrechten niet met een zwaarwegend gewicht tegen een private partij als RDS kunnen worden ingeroepen, wanneer zou daar dan wel nog aanleiding toe bestaan? Zoals gezegd heeft uw rechtbank deze ruimte, en de noodzaak is nog nooit zo hoog geweest om die ruimte ook te gebruiken.

UN Guiding Principles en soft law

58. Het voorgaande geldt temeer nu RDS ook zelf erkent dat de governance gap bestaat en dat zij moeilijk te reguleren is. Zij koerst daar zelfs op aan.
59. In de dagvaarding is gewezen op een brief van de directie van RDS uit 2014, bedoeld voor haar aandeelhouders en investeerders, waarin te kennen wordt gegeven dat RDS ervan uitgaat dat de fossiele industrie nationaal en internationaal niet goed gereguleerd zal (kunnen) worden en dat het beteugelen van de fossiele industrie niet of nauwelijks zal slagen.⁴³
60. Een dergelijke erkenning volgt ook uit het feit dat RDS zich heeft gecommitteerd aan de UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Zoals toegelicht in de dagvaarding⁴⁴ en het openingspleidooi zijn de UN Guiding Principles immers het product van een poging van zowel staten als grote multinationale bedrijven om de governance gap te dichten. Als het vanwege deze governance gap zo moeilijk is om bedrijven in een geglobaliseerde economie te reguleren, dan moeten bedrijven aan zelfregulatie doen en hebben bedrijven, naast staten, een zelfstandige verplichting om mensenrechten te respecteren en schendingen daarvan te voorkomen. Dit is de centrale gedachte achter de UN Guiding Principles.
61. Tegen deze achtergrond is het wrang te constateren dat RDS in de onderhavige procedure stelt dat een beroep op de UN Guiding Principles niet kan slagen, omdat het louter zou gaan om soft law, waar geen juridische binding van uitgaat. Eveneens wrang is haar reeds behandelde betoog dat mensenrechten ofwel in het geheel niet in het geding zijn, ofwel dat aan deze mensenrechten in de te maken afweging geen zwaarder gewicht toekomt dan enig ander spelend belang.

41 Zie in horizontale relaties onder andere: NJ 1987, 928; HR, 09-01-1987, nr. 12717 (Bespiede bijstandsmoeder), r.o. 4.6; HR 18-04-2014, ECLI:NL:HR:2014:942, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg), r.o. 5.2.1; Concl. A-G Hartkamp, voor ECLI:NL:HR:2003:AL8442 (Hiv-test II), ECLI:NL:HR:2019:1834, r.o. 2.4.2; ECLI:NL:RBMNE:2019:2012, r.o. 4.6. Zie ook: R. Nehmelman en C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 314 en p. 320.

42 De beperkingsclausule uit artikel 2 van het EVRM is evident niet aan de orde.

43 Hoofdstuk VIII.2.1.3.c van de dagvaarding en Shell, 16 mei 2014: *Shell letter in response to shareholders enquiries on climate change* p. 1 en 2 (productie 199).

44 Dagvaarding par. 691-715.

Wanneer het erop aankomt, betekent het zich committeren aan de UN Guiding Principles volgens RDS dus niet erg veel. Milieudefensie c.s. meent dat RDS deze verwerpen ook niet kan volhouden, gelet op de zelf gekozen binding aan de UN Guiding Principles.

62. Milieudefensie c.s. kan het standpunt van RDS ook anderszins niet volgen. In de dagvaarding zijn in hoofdstuk X.5 t/m X.8 een viertal van de voor onderhavige zaak relevante soft law bronnen genoemd, waarvan is toegelicht dat zij stuk voor stuk (extra) steun bieden voor de vordering van Milieudefensie c.s.
63. In lijn met de Urgenda-zaak laat de rechtspraak zien dat in toenemende mate betekenis wordt gehecht aan soft law bij het invullen van open normen.⁴⁵ Die rechtsontwikkeling is ook alleszins begrijpelijk. Daar waar dwingende en duidelijke rechtsregels ontbreken, zal de rechter immers behoefte hebben aan objectieve aanknopingspunten. Soft law is daarvoor bij uitstek geschikt.⁴⁶ Dit strookt ook met de bedoeling van de wetgever bij de aanvullende functie van de billijkheid (art. 3:12 BW) en de maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162 BW). De praktijk leert dan ook dat soft law niet zelden fungeert als wegbereider voor *hard law*.⁴⁷ Zoals toegelicht in het openingspleidooi ziet ook John Ruggie een potentiële oplossing voor het dichten van de governance gap in het omzetten van internationale soft law, zoals de UN Guiding Principles, naar hard law in concrete zaken.⁴⁸
64. Ook in de rechtspraak van het EHRM wordt via de ‘common ground’ methode waarde gehecht aan soft law, zoals bijvoorbeeld aan geluidnormeringen van de WHO.⁴⁹ Die aanpak is daarom door de Hoge Raad toegepast in het Urgenda-arrest, wat gerechtvaardigd wordt door het gegeven dat die (citaat) *“regels en afspraken de uitdrukking vormen van een zeer breed gedragen opvatting of inzicht (...)”*.⁵⁰
65. In zijn handboek aansprakelijkheidsrecht stelt de eerdergenoemde Van Dam dan ook (citaat): *“De UNGPs bevatten geen bindende verplichtingen, maar omdat veel ondernemingen zich aan de UNGPs commiteren, wordt dit gedrag steeds meer onderdeel van wat voor een onderneming in het maatschappelijk verkeer betaamt in de zin van art. 6:162 BW.”*⁵¹
66. Vanwege de expliciete link tussen gevaarlijke klimaatverandering en mensenrechten, komt volgens Milieudefensie c.s. aldus ook aan de mensenrechtelijke normeringen in de soft law bronnen, genoemd in de dagvaarding, waarde toe bij de te maken belangenafweging. Anders dan RDS stelt, valt gevaarlijke klimaatverandering ook wel degelijk onder de mensenrechten, bedoeld in de UN Guiding Principles. De Special Rapporteur stelt in dit verband namelijk (citaat):

45 Aldus PG Langemeijer en Wissink bij het Urgenda arrest, ECLI:NL:PHR:2019:887, 2.31. Zie ook M.E. Coenraads en J.E.S. Hamster, Verantwoord ondernemen: van *soft law* naar harde verplichtingen via strategisch procederen, *TOP* 2019/8, p. 35 en de veelvoud aan jurisprudentie waar aldaar naar wordt verwezen.

46 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/76 e.v.; K.J.O. Jansen, Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW (2018), aant. 6.1.9 e.v. (met verdere verwijzingen).

47 Aldus PG Langemeijer en Wissink bij het Urgenda arrest, ECLI:NL:PHR:2019:887, 2.32, met verwijzingen aldaar.

48 Productie 272, p.329

49 Aldus PG Langemeijer en Wissink bij het Urgenda arrest, ECLI:NL:PHR:2019:887, 2.31, met verwijzingen in voetnoot 121 aldaar. Zie ook randnummer 715 dagvaarding.

50 R.o. 6.3.

51 C. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Boom Juridisch 2020, nr. 1203-4.

*"(..) As a first step, corporations should comply with the Guiding Principles on Business and Human Rights as they pertain to human rights and climate change."*⁵²

67. Net als dat het volgens de Hoge Raad voor de Staat niet meer optioneel was om te weinig te doen, meent Milieudefensie c.s. dat soft law erop wijst dat ook voor RDS de tijd is gekomen om actie te ondernemen. In een Interpretive Guide van de UN Guiding Principles is te lezen dat het voor ondernemingen niet meer *optioneel* is om mensenrechten te respecteren en dat zulks niet is beperkt tot het enkele voldoen aan nationaal recht in relatie tot mensenrechten.⁵³
68. Milieudefensie c.s. voelt zich in dit standpunt gesterkt door het gegeven dat in de Nederlandse rechtspraak een ontwikkeling is te zien dat in het onrechtmatigheidsoordeel meer en meer beslissende invloed wordt gehecht aan niet bindende regels, bijvoorbeeld als het gaat om gevallen waarin branche-gebruikelijke private regelgeving of gedragscodes in het geding zijn.
69. Die ontwikkeling werd bevestigd met het Achmea/Rijnberg arrest. In dit arrest ging het geheel in lijn met de reeds besproken horizontale werking van grondrechten om een verzekeraar die een persoonlijk onderzoek had ingesteld naar een van haar klanten, waarmee het privacy recht van die klant werd geschonden. Aan dit privacy recht werd een zwaar gewicht toegekend. In lijn met de standaardrechtspraak stelde de Hoge Raad voorop dat een dergelijk inbreuk in beginsel onrechtmatig is, maar dat een rechtvaardigingsgrond het onrechtmatige karakter aan het onderzoek kan ontnemen. De Hoge Raad overwoog vervolgens dat bij de beoordeling van de rechtvaardigingsgrond moest worden aangeknoopt bij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, waarvoor een door de verzekeraar onderschreven gedragscode volgens de Hoge Raad expliciet tot uitgangspunt moest worden genomen.⁵⁴
70. Tot aan het arrest Achmea/Rijnberg werd private regelgeving, zoals gedragscodes waaraan bedrijven zich committeren, in Nederland 'slechts' als één van de omstandigheden aangeduid die gewicht in de schaal leggen bij het onrechtmatigheidsoordeel. In deze uitspraak wordt echter onomwonden en in algemene bewoordingen aan soft law een centrale rol in het oordeel gegeven. Daarmee wordt aangesloten bij een trend uit de lagere rechtspraak waarin het adagium lijkt te heersen: 'overeenstemming (over de toepasselijkheid van de private regelgeving) is toepassen van die private regelgeving'.⁵⁵
71. Deze jurisprudentielijn heeft de Hoge Raad nadien onder meer doorgetrokken in het zogenaamde Graafrichtlijn arrest, waar het ging om de invulling van de gevergdde zorgvuldigheid bij graafwerkzaamheden. Waar het hof nog sprak van een 'best practice', moest er volgens de Hoge Raad bij de invulling van de zorgplicht *in beginsel* aangesloten worden bij

52 Safe Climate, A Report of the Special Rapporteur on Human Rights and the Environment (productie 270), p. 32.

53 Office of the High Commissioner van de Verenigde Naties; The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, An Interpretive Guide, a report issued by the UNOHCHR, 2012, p. 159: *"it exists over and above legal compliance, constituting a global standard of expected conduct applicable to all businesses in all situations. It therefore also exists independently of an enterprise's own commitment to human rights. It is reflected in soft law instruments" such as OECD Guidelines (...) where business poses a risk to human rights, it increasingly also poses a risk to its own long-term interests."*

54 HR 18-04-2014, ECLI:NL:HR:2014:942, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (Achmea/Rijnberg). Zie recent in een vergelijkbare zaak: ECLI:NL:GHSHE:2020:1448.

55 Zie voor een uitgebreide toelichting van deze conclusie uit het proefschrift van Menting: M. Menting, Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law (diss. Tilburg), 2016, p. 227. Zie ook: Menting, (R)Evolutie in het privaatrecht? Enkele beschouwingen over de rol van private regelgeving en de invloed van het EVRM naar aanleiding van HR Achmea/Rijnberg, *NTBR* 2015/6, p. 107.

de graafrichtlijn.⁵⁶ Redengevend daarvoor was het feit dat de richtlijn was samengesteld door een breed technisch geschoold gezelschap en daardoor dus een weerslag vormt van de binnen de beroepsgroep geldende opvattingen omtrent zorgvuldig handelen.⁵⁷ Eenzelfde soort consensus is er dat bedrijven mensenrechten behoren te respecteren en ook omtrent wat er moet gebeuren om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen.

72. Voorts is in dezelfde lijn recent nog een arrest gewezen aangaande de aansprakelijkheid van een NVM-makelaar, die in strijd met NVM-meetnormen had gehandeld.⁵⁸ Waar de AG nog enige terughoudendheid zag bij het gewicht dat aan private regulering moest worden toegekend in de zorgvuldigheidsnorm, denkt de Hoge Raad daar anders over. De NVM-normschending was in dit arrest direct beslissend voor het onrechtmatigheidsoordeel.
73. Ook in het buitenland is deze trend te zien, waar bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk in de Vedanta beslissing in gelijke zin is geoordeeld dat het vrijwillig (en publiekelijk) committeren aan bepaald beleid, invloed heeft op de juridische verplichtingen van een concern.⁵⁹
74. Tegen de achtergrond van voorgaande arresten en de toepassing in de lagere rechtspraak blijkt private regelgeving, zoals een gedragscode, niet slechts 'een aanwijzing' voor de rechter.⁶⁰ Dat is dus ondanks dat dergelijke regelgeving als soft law moet worden getypeerd. In deze trend hoeft overigens volgens de literatuur geen kentering verwacht te worden.⁶¹
75. Gelet op het voorgaande kan en moet uw rechtbank bij het beoordelen van de vereiste zorgvuldigheid van RDS derhalve ook een zwaar gewicht toekennen aan de in de dagvaarding en tijdens deze pleitdagen aangehaalde en toegelichte bronnen van soft law. Dat is ook temeer aangewezen en gerechtvaardigd waar RDS zelf zich internationaal nota bene openlijk aan die bronnen heeft gecommitteerd.
76. Milieudefensie c.s. concludeert dat op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid, ingevuld aan de hand van Kelderluikcriteria (i) en (iii), het mensenrechtenrecht en soft law, op RDS een zorgplicht rust om mensenrechten te respecteren en bij te dragen aan de voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering. Alle besproken gezichtspunten wijzen in de te maken belangenafweging dezelfde kant op.

(ii) de bekendheid en de voorzienbaarheid van de schade

77. Mede naar aanleiding van de dertiende vraag van uw rechtbank zal ik nu ingaan op het tweede Kelderluikcriterium en het verweer van RDS dat haar kennis over klimaatverandering afkomstig was uit het publieke domein en zij zodoende geen unieke kennis had.

56 HR 25 mei 2018, NJ 2019/295, m.nt. Lindenbergh (Liander/Y). Ook wel het 'Graafrichtlijn' arrest genoemd.

57 Zie ook Lindenbergh in zijn noot bij genoemd arrest, onder 8, die die redengeving overtuigend acht.

58 HR 22 februari 2019, NJ 2020/8.

59 UK Supreme Court, *Vedanta Resources PLC and anor. v Lungowe and others* [2019] UKSC 20, te vinden via <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0185-judgment.pdf>; M.E. Coenraads en J.E.S. Hamster, Verantwoord ondernemen: van soft law naar harde verplichtingen via strategisch procederen, *TOP* 2019/8, p. 36

60 Zie de noot van Smeehuizen, onder 16-17; HR 13-07-2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, m.nt. J.L. Smeehuizen.

61 R.A.J. van Gestel, 'Leidt terugtred van de wetgever tot een opmars van rechterlijke rechtsvorming en afbraak van democratische waarden?', *Regelmaat* 2019/3 p. 239.

78. Milieudefensie c.s. stelt voorop dat deze stelling irrelevant is in relatie tot de afweging van de factoren waarop Milieudefensie c.s. een beroep doet. Het kenbaarheidsvereiste, inhoudend dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm strekt tot bescherming van belangen waarop de dader bedacht kon en moest zijn, brengt niet met zich dat de kennis van de dader uniek moet zijn.⁶² Ook uit de Urgenda uitspraak volgt dat de relevante factor enkel is of er sprake is van bekendheid en voorzienbaarheid van de schade en niet dat er sprake moet zijn van unieke kennis.⁶³ RDS werpt hier aldus een drempel op die rechtens er niet is.
79. Zoals uitgebreid toegelicht in de dagvaarding en de akte toelichting eiswijziging was er in de jaren tachtig en negentig sprake van voldoende kennis en voorzienbaarheid aan de kant van RDS.⁶⁴ Feitelijk was deze kennis reeds aanwezig en in ontwikkeling sinds de jaren vijftig.⁶⁵
80. RDS heeft bovendien ook maatregelen getroffen als gevolg van de bij haar aanwezige kennis. Een sprekend voorbeeld wat in de media veel aandacht heeft gekregen, is de verhoging door RDS van haar gasproductieplatform "Troll A". Het platform werd reeds in 1989 voor tientallen miljoenen dollars aangepast om de door RDS – als gevolg van klimaatverandering – verwachte zeespiegelstijging en krachtiger golven en stormen te kunnen weerstaan.⁶⁶ Hieruit blijkt dat RDS dus als het gaat om haar eigen bezittingen - wel - de gevolgen van klimaatverandering bijzonder serieus neemt en daar bovendien veel geld voor over heeft.
81. Over de kennis en voorzienbaarheid aan de kant van RDS kan in ieder geval geen discussie bestaan vanaf 2007. In de dagvaarding en de akte toelichting eiswijziging van 6 november 2020 is toegelicht dat RDS evenwel juist vanaf 2007 ervoor gekozen heeft om op velerlei wijzen op ramkoers te gaan liggen met de mondiale klimaatdoelstelling.⁶⁷ Dit maakt volgens Milieudefensie c.s. dat het handelen van RDS temeer als buitengewoon onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig moet worden aangemerkt.
82. In het openingspleidooi is toegelicht hoe RDS maatregelen treft ter bescherming van haar bedrijfsmodel tegen versneld ingevoerde klimaatregelgeving, het verlies van maatschappelijk draagvlak voor haar bedrijfsactiviteiten, tegen een verminderde vraag naar fossiele brandstoffen en tegen potentieel succesvolle klimaatrechtszaken als de onderhavige. Er kan geconcludeerd worden tot bekendheid met en voorzienbaarheid van gevaarlijke klimaatverandering aan de kant van RDS, ultimo in 2007. Deze kennis en voorzienbaarheid heeft RDS evenwel niet aangezet tot het treffen van maatregelen, althans niet tot het treffen van de maatregelen die nodig zijn ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering. Dit is hoogst onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig.
83. De bij RDS aanwezige kennis kan wel in een ander verband als 'uniek' worden gekwalificeerd. Dat de bij RDS aanwezige kennis in 2007 ook openbaar beschikbaar was, brengt nog niet met zich dat RDS – met al de bij haar in dienst zijnde (klimaat)wetenschappers – over eenzelfde soort kennis beschikte als de doorsnee burger. Beschikbaarheid van informatie zegt immers niets over of deze kennis ook door de burger gevonden en – belangrijker nog – begrepen

62 GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 6.3.8.3.

63 ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.63.

64 Zie hoofdstuk VIII.2.1.2. van de dagvaarding.

65 Zie voor een overzicht van deze kennis en ontwikkeling hoofdstuk VIII.2.1.2.b van de dagvaarding.

66 Zie randnummer 546 dagvaarding en voetnoot aldaar.

67 Zie hoofdstuk VIII.2.1.3 van de dagvaarding.

wordt. Het daadwerkelijk begrijpen en vooral ook het inzien van de ernst van het probleem vergt een diepgaand begrip van de materie dat bij de burger niet licht verondersteld mag worden.

84. RDS voert in dit verband aan bij de bespreking van ‘de kans op schade als gevolg van onoplettendheid en onvoorzichtigheid’ dat algemeen bekend zou zijn (geweest) dat CO₂ emissies bijdragen aan risico’s van gevaarlijke klimaatverandering. Deze omstandigheid zou volgens RDS in haar voordeel moeten wegen, omdat zij geen acht zou hoeven slaan op de onvoorzichtigheid van anderen en dat zij de burger volgens haar niet hoeft te behoeden voor een gevaar dat van haar eigen onvoorzichtig of onoplettend handelen het gevolg is.⁶⁸
85. Deze stellingname is illustratief voor de wijze waarop RDS haar eigen positie en de positie van de gemiddelde burger grovelijk miskent. Het is niet vol te houden dat de doorsnee burger zich in voldoende mate bewust is van de kans op, en desastreuze gevolgen van, gevaarlijke klimaatverandering. Inzicht in de meer technische aspecten, zoals onder meer de vertraging in het klimaatsysteem, het cumulatieve karakter van de atmosferische CO₂-concentratie, het risico op ‘tipping-points’, de zeer beperkte mate dat CO₂-uitstoot nog mogelijk is, de emissiekloof tussen overheidsmaatregelen wereldwijd en de Parijsdoelstelling en de mate waarin het verder produceren en gebruiken van fossiele brandstoffen zich niet verdraagt met het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering, is zelfs na enige verdieping in openbare bronnen niet vanzelfsprekend.
86. Dit geldt temeer wat betreft de ernst van de gevolgen die optreden wanneer gevaarlijke klimaatverandering zich verwezenlijkt. Zonder overdrijven kan gesteld worden dat vele burgers in de ‘film’ zitten dat het bij klimaatverandering ‘gewoon’ een paar graden warmer wordt, zonder inzicht te hebben in de catastrofale gevolgen die dit wereldwijd met zich brengt. Juist hierom moet wel degelijk rekening worden gehouden met de onvoorzichtigheid van de burger. Het is niet voor niets dat de Urgenda-uitspraken van een uitzonderlijk uitgebreide feitelijke basis zijn voorzien.
87. Illustratief is dat in een rijk en hoogopgeleid land als Nederland, een fractieleider van een landelijke politieke partij naar aanleiding van het Klimaatakkoord op landelijke televisie nog uitspraken kan doen als (citaat):
- “Zelfs als je het allemaal gelooft, die quasi-wetenschap over CO₂, wat dus het gas is wat in cola zit, het is koolzuurgas, niet iets wat op zichzelf giftig is. Planten ademen het in; het is een onderdeel van de ecologische cyclus. Er is dus een mystiek ontstaan alsof dat weg moet, alsof dat gevaarlijk is.”*⁶⁹
88. Het feit dat een volksvertegenwoordiger dit soort uitspraken in een praatprogramma kan doen terwijl niemand hem corrigeert – nota bene terwijl de fractievoorzitter van een regeringspartij tegenover hem zit – illustreert dat van het grote publiek niet kan worden verwacht en verlangd dat, zoals RDS betoogt, er voldoende kennis en bewustzijn van het klimaatprobleem bestaat.

68 Randnummer 495-503 conclusie van antwoord.

69 Thierry Baudet, (toen) fractievoorzitter Forum voor Democratie, zittend tegenover fractievoorzitter van coalitiepartij Christenunie Gert-Jan Segers, aan tafel bij het praatprogramma ‘Pauw’ op NPO1, juni 2019. Fragment beschikbaar via: <https://twitter.com/op1npo/status/1144715116463570944>.

De afwachtende houding van RDS ten opzichte van ‘de markt’ kan daarom niet gerechtvaardigd worden. Dit nog los van de vraag of de markt voldoende alternatieven biedt ten opzichte van het gebruik van fossiele brandstoffen. Zoals gezegd probeert RDS juist op allerlei manieren haar fossiele bedrijfsmodel te beschermen.

89. Dit wordt ook toegelicht in het als productie 332 ingebrachte artikel, waarin de rol en verantwoordelijk van olieproducenten voor het klimaatprobleem vanuit historisch perspectief is onderzocht. De auteurs stellen in relatie tot de grote fossiele producenten (citaat):
“(...) as major corporations with a high level of internal scientific and technical expertise, they were aware of and in a position to understand the available scientific data.”⁷⁰
90. Deze kennis heeft slechts geleid tot het beschermen van het eigen bedrijfsmodel en het strijden tegen effectieve klimaatregelgeving, waardoor (citaat):
“In effect, the industry created a self-fulfilling prophecy: The absence of carbon regulation would ensure that fossil fuels would continue to be a good investment, and the companies would maximize profits for their shareholders to the detriment of the world at large by continuing to expand fossil fuel discovery and development.”⁷¹
91. Het op deze wijze (alsmaar meer) blijven investeren in fossiele energie, maakt ook dat investeringen in duurzame technologie achterbleven en er geen reëel alternatief voor de consument ontstond (citaat):
“The major investor-owned fossil energy producers companies have done all of this even while an alternative vision had been articulated and was possible. Through their actions, they have not only invested in, but sought to guarantee, a future that serves the interests of their shareholders, employees, and executives, but threatens the health, well-being and prosperity of virtually everyone else. Their power and influence on the global response to climate change is substantial. The fact that others – governments, emitting industries, and individuals – have responsibilities, too, does not obviate this point.”⁷²
92. Specifiek ten aanzien van RDS vermeldt dit artikel (citaat):
“Shell explicitly acknowledges that the energy futures they envision will have highly disruptive consequences, overshoot[ing] the trajectory for a 2°C goal”(Royal Dutch Shell plc 2013). Yet, knowing this, they continue to bank on a high carbon future. (...) The fossil fuel industry is knowingly participating in a pathway by which, in the words of Shell CEO Ben van Beurden, climate change “is just going to happen whether we like it or not ”.⁷³
93. Anders dan het beeld dat RDS probeert te scheppen met de door haar aangedragen groene ambities, is zij nog niet wezenlijk afgeweken van haar fossiele bedrijfsstrategie.
94. Dit blijkt inmiddels ook intern bij RDS tot problemen te leiden. Uit recente berichtgeving in de media⁷⁴ volgt dat onlangs verscheidene topmanagers van de groene sectoren van het bedrijf zijn opgestapt, omdat de verduurzaming van het bedrijf niet snel genoeg gaat (citaat):

70 Productie 332, p. 159.

71 Productie 332, p. 164.

72 Productie 332, p. 167.

73 Productie 332, p. 166.

74 Zie bijvoorbeeld de Volkskrant, 8 december 2020, ‘Vergroening bij Shell gaat niet snel genoeg: managers zeggen baan op’ (<https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/vergroening-bij-shell-gaat-niet-snel-genoege-managers-zeggen-baan-op~bda85cea/>).

“Some executives have pushed for a more aggressive shift from oil but top management is more inclined to stick closer to the company’s current path (...)“People are really questioning if there will be any change at all,” said one of the people familiar with the internal tensions.”

95. In verband met deze berichtgeving haalt de Financial Times nog een eerdere uitspraak van CEO Ben van Beurden aan (citaat):

“Mr van Beurden told the Financial Times last year his “single biggest” regret would be retreating from the oil business prematurely.”⁷⁵

96. Van iemand wiens grootste spijt het zou zijn om een dag te vroeg uit de fossiele industrie te stappen, kunnen inderdaad geen grote veranderingen verwacht worden.
97. Gezien de decennialange professionele kennis en voorzienbaarheid aan de kant van RDS, is er geen andere conclusie mogelijk dan dat RDS rehtens gehouden was en is om voldoende (veiligheids)maatregelen te treffen om de verdere verwezenlijking van het wereldwijde gevaar van klimaatverandering te helpen voorkomen. RDS heeft dat tot nu niet gedaan, noch is dit van plan te doen naar de toekomst toe. Mr. Cox zal zo dadelijk nog nader ingaan op de plannen en ambities van RDS.
98. De door RDS – ten onrechte – geschetste positie van de burger brengt mij eerst nog op het volgende punt.

Relativiteit en ‘in pari delicto’-verweer

99. RDS heeft kortweg gesteld dat niet wordt voldaan aan het relativiteitsvereiste, omdat Milieudefensie c.s. meedoet aan de verweten gedraging, aangezien klimaatverandering wordt veroorzaakt door eenieder en ook Milieudefensie c.s. CO₂ uitstoot.
100. Dit zogenaamde in pari delicto-verweer komt erop neer dat een vordering van een benadeelde moet worden afgewezen, als die benadeelde het aan de dader verweten gedrag zelf ook vertoont.⁷⁶ Het gaat hier niet om een klassiek relativiteitsverweer, in die zin dat de geschonden norm als zodanig niet zou strekken tot bescherming van de belangen van Milieudefensie c.s., noch is artikel 6:163 BW hier van toepassing, aangezien het gaat om een gebodsactie en niet om een vordering tot schadevergoeding. Het verweer van RDS stelt aan de orde of Milieudefensie c.s. dezelfde norm overtreedt als RDS.⁷⁷
101. Milieudefensie c.s. meent dat dit verweer van RDS niet kan slagen, gelet op de bijzondere aard van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm die in het geding is. Men kan in redelijkheid namelijk van geen van de eisers stellen dat hij of zij de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm

⁷⁵ Financial Times, 8 december 2020, ‘Shell executives quit amid discord over green push’ (<https://www.ft.com/content/053663f1-0320-4b83-be31-fefbc49b0efc>).

⁷⁶ K.J.O. Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 7.3.4.2.

⁷⁷ Het tweede gevalstype van een IPD-verweer die Van der Kooij onderscheidt, naast het gevalstype dat iemand met zijn eigen gedraging tamelijk dwingend de onrechtmatige daad veroorzaakt (of misschien beter: uitlokt); Van der Kooij, ‘Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade (R&P nr. CA21)’ 2019/14.2.

schendt waarvan Milieudefensie c.s. meent dat RDS die schendt.

102. In de afweging die uw rechtbank volgens Milieudefensie c.s. dient te maken, gaat het erom dat van een normschending sprake is, wanneer onder meer in voldoende mate een kennis van het gevaar van klimaatverandering aanwezig is. Zojuist is nader uiteengezet dat daarvan geen sprake is aan de kant van de burgers. Evenmin kan gezegd worden dat aan de burgers een reëel alternatief is geboden. Voorts kan niet worden volgehouden dat een willekeurige eiser in een vergelijkbare (machts)positie verkeert in relatie tot de mondiale klimaatproblematiek of dat aan hem of haar vanwege een zwaarwegende horizontale werking een mensenrechtenschending kan worden tegengeworpen. Tot slot geldt bijvoorbeeld voor geen van de eisers dat zij zich aan de UN Guiding Principles hebben gecommitteerd. De positie van RDS is – zoals uitvoerig gemotiveerd – een bijzondere en daarmee onvergelijkbaar met de eisende NGO's of de individuele burgers.
103. Vanwege het voorgaande kan Milieudefensie c.s. ook de angst van RDS wegnemen dat het toewijzen van de vordering van Milieudefensie c.s. de deur zou openzetten voor claims van iedereen tegen elkaar.⁷⁸
104. Het voorgaande volgt eigenlijk al uit de vertaling en de betekenis van het adagium waar het verweer op is gebaseerd, namelijk: *“bij gelijke onrechtmatigheid is de situatie van de gedaagde sterker”*.⁷⁹ Oftewel: *“Indien partijen zich over en weer in gelijke mate ongeoorloofd hebben gedragen, is de positie van de gedaagde het sterkst. Treft aldus zowel de eiser als de gedaagde het verwijt van strijd met de goede zeden, en ook bij beiden in dezelfde mate, dan wordt de zaak op zijn beloop gelaten.”*⁸⁰
105. Voor een geslaagd beroep op het in pari delicto verweer is dus niet alleen vereist dat partijen dezelfde norm hebben geschonden, maar is ook vereist dat de mate waarin partijen die norm geschonden hebben van gelijke omvang is.⁸¹ Die gelijke omvang is er in de verste verte niet.

De taak van de rechter

106. RDS betoogt verder dat uw rechtbank de grens van de rechtsprekende en rechtsvormende taak zou overschrijden als de vordering van Milieudefensie c.s. wordt toegewezen.
107. Aan de orde is slechts of onder artikel 3:296 lid 1 BW de ene private partij beschermd moet worden tegen een onrechtmatige handeling van de andere partij. De vordering van Milieudefensie c.s. is gestoeld op een in de wet verankerde open norm. Een rechtsnorm die al decennialang geschikt blijkt – en volgens de internationaal en nationaal heersende rechtsopvatting ertoe strekt – om in het licht van de tijdsgeest maatschappelijk ongewenst gedrag te voorkomen.

78 Par. 7.2.4 conclusie van antwoord.

79 Sieburgh, in: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/137

80 A.L.M. Keirse & B.M. Pajmans, 'In pari delicto; als de pot de ketel verwijt' MvV 2017, afl. 7/8, p. 208.

81 I. Haazen, 'Schade in een niet-rechtmatig belang', *WPNR* 2009/6816, p. 831, noot 43. In gelijke zin: Van der Kooij, 'Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade (R&P nr. CA21)' 2019/14.2, nr. 542.

108. Dat – zoals RDS stelt – in de Urgenda-zaak specifiek onder ogen is gezien dat de burgerlijke rechter geen politieke keuzes kan maken, is logisch nu de vordering daar gericht was tegen de Staat. In onderhavig geval gaat het echter om een vordering jegens een private partij. Anders dan in de Urgenda-zaak kan in onderhavige zaak in ieder geval niet de vraag spelen of het gaat om een wetgevingsbevel en gaat het niet om de verhouding in de ‘trias politica’ tussen wetgever en rechter. Bovendien heeft het politieke besluitvormingsproces over de vraag *wat* er gedaan moet worden reeds in internationaal verband plaatsgevonden. Er is reeds sprake van een universeel gedragen en geaccepteerde veiligheidsnorm, waaraan staten zich gecommitteerd hebben. De vraag is dus niet meer *wat* maar slechts *hoe* het gedaan moet worden. Maar het *hoe* kan per definitie niet op minder uitkomen dan het *wat*. Dit is reeds toegelicht gedurende het pleidooi inzake de ‘dubbele uitdaging’ op zittingsdag 2 en mr. Cox zal zo dadelijk nader uitleggen waarom voor RDS geen lagere reductiedoelstelling heeft te gelden dan de mondiale reductiedoelstelling.
109. RDS betoogt verder dat het niet aan haar en dus ook niet aan uw rechtbank, maar aan staten is om bescherming te bieden tegen gevaarlijke klimaatverandering. Milieudefensie c.s. heeft de cruciale rol van niet statelijke actoren als RDS al voldoende toegelicht en laten zien dat staten onvoldoende doen en onvoldoende in staat zijn om, zonder de commitment van marktpartijen zoals RDS, gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen.
110. Vervolgens past het bij uitstek bij de rol van uw rechtbank om zowel tegenover de Nederlandse Staat, als tegenover een grote marktpartij met een bijzonder invloedrijke positie als RDS, een ondergrens vast te stellen voor waar zij rechtens toe gehouden is.
111. Dit laatste is ook expliciet onderkend door de Hoge Raad in de Urgenda-zaak. Het is dus zelfs jegens een staat mogelijk gebleken om in rechte te toetsen of zijn handelen voldoet aan wat ter voorkoming van een gevaarlijke klimaatverandering rechtens heeft te gelden, zonder daarmee in de (politieke) beleids- en beslissingsruimte van deze staat te treden.
112. Net zozeer is het voor uw rechtbank mogelijk om bij RDS rechtens vast te stellen wat op basis van de maatschappelijke zorgvuldigheid als ondergrens heeft te gelden. RDS is vervolgens – net als de Nederlandse Staat – vrij in hoe en met welke maatregelen van concernbeleid zij voldoet aan het op te leggen gebod.
113. Het kan niet zo zijn dat onder artikel 3:296 lid 1 BW het voor burgers onmogelijk is om multinationals aan te spreken op hun invloed op gevaarlijke klimaatverandering, ongeacht of staten voldoende actie ondernemen om dit wereldwijde gevaar te voorkomen of zelf niet in staat zijn multinationals als RDS afdoende te reguleren. De aanpak van klimaatverandering zou daardoor praktisch onmogelijk worden.

Conclusie

114. Milieudefensie c.s. heeft met het voorgaande toegelicht dat de (eerste drie) Kelderluikcriteria, het mensenrechtenrecht en soft law allen dezelfde kant op wijzen. Namelijk dat op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid op RDS een zorgplicht rust om bij te dragen aan de voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering. De wereldgemeenschap heeft een universeel gedragen en geaccepteerde feitelijke veiligheidsnorm vastgesteld.

Naar nationaal recht heeft deze feitelijke veiligheidsnorm volgens Milieudefensie c.s. via de maatschappelijke zorgvuldigheid een zelfstandige juridische betekenis voor RDS.

115. In het navolgende zal mr. Cox toelichten welke concrete invulling deze veiligheidsnorm zou moeten krijgen in dit specifieke geval, op basis van de best beschikbare en breed erkende wetenschappelijke bevindingen, over wat aan reductiepercentages bereikt zou moeten worden ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering (de vordering). Daarbij zal ook ingegaan worden op de nog niet behandelde Kelderluikcriteria, te weten de aard van de gedraging en de (on)bezwaarlijkheid van de treffen maatregelen, en het causaliteitsverweer van RDS dat het toewijzen van de vordering niet zou bijdragen aan het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering. Vervolgens is het aan uw rechtbank om de in dezen te hanteren ondergrens vast te stellen.

Advocaat

