

Rechtbank Den Haag

Zaaknummer: C/09/571932 2019/379

Zitting: 1 december 2020

PLEITNOTITIE 4

Vergunningen

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 Fossielvrijbeweging, 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

Edelachtbaar College,

Inleiding

1. Milieudefensie c.s. vordert van RDS dat zij de CO₂-emissies die zij veroorzaakt en waarover zij controle heeft, reduceert in lijn met de mondiale klimaatdoelstelling van Parijs. De resterende dagen van dit meerdaagse pleidooi zullen wij komen te spreken over de toewijsbaarheid van deze vordering. RDS voert in dit verband meerdere verweren. Een van deze verweren houdt in dat RDS meent dat van de vergunningen van haar dochtervennootschappen een vrijwarende werking uitgaat en dat zij niet onrechtmatig kan handelen wanneer haar activiteiten worden toegestaan. Dit is het verweer waarover ik zo dadelijk zal komen te spreken. Mr. Cox zal vervolgens vandaag aandacht besteden aan de vraag of uw rechtbank bij de beoordeling van de zaak een terughoudende beoordeling dient toe te passen. Later, op dag 3 van dit meerdaags pleidooi, zal worden ingegaan op andere voor de toewijsbaarheid van de vordering van belang zijnde aspecten. Ik ga nu aldus eerst in op het 'vergunningenverweer' van RDS.
2. RDS stelt in haar conclusie van antwoord¹ dat haar activiteiten binnen de Europese Unie die CO₂-emissies veroorzaken uitdrukkelijk zijn toegestaan en zodoende niet onrechtmatig kunnen zijn. Zij verwijst hiertoe naar vergunningen die haar onder het Europese Emissions Trading System (hierna te noemen: "ETS") het recht geven om CO₂ uit te stoten. Volgens RDS kan er voorts geen sprake zijn van onrechtmatigheid voor zover haar activiteiten in de toekomst worden vergund of anderszins worden toegestaan. Ook de activiteiten buiten de Europese Unie kunnen volgens RDS niet onrechtmatig zijn, voor zover deze op grond van de ter plaatse toepasselijke regelgeving nu zijn toegestaan of zijn vergund of dat in de toekomst zullen worden.²
3. Zoals uitgebreid toegelicht in het openingspleidooi, spendeert RDS jaarlijks miljoenen aan lobbyactiviteiten om effectieve klimaatregelgeving tegen te houden, te vertragen of af te zwakken. RDS is tot nu toe ook succesvol gebleken in het op deze manier beschermen van haar fossiele businessmodel en groeiplannen. Tegen deze achtergrond is het wrang te constateren dat RDS zich in deze zaak vervolgens verschuilt achter de gebrekkige of zelfs afwezige regulering van de overheid. Naar de mening van Milieudefensie c.s. kan dit verweer niet slagen. Ik zal dat toelichten. Daarbij zal ik eerst aandacht besteden aan het algemene verweer van RDS dat er geen sprake zou kunnen zijn van onrechtmatig handelen voor zover haar activiteiten nu of in de toekomst worden vergund of anderszins worden toegestaan. Daarna zal ik specifiek op het ETS ingaan.

1 Paragraaf 481 tot en met 484 van de conclusie van antwoord van RDS.

2 Paragraaf 519 van de conclusie van antwoord van RDS.

RDS miskent het leerstuk van de onrechtmatige daad en het mensenrecht als zodanig

4. RDS stelt met haar algemeen verweer dat er niet alleen sprake is van vrijwarende werking in het geval van vergunningen die specifiek de uitstoot van CO₂ reguleren, maar dat haar activiteiten ook niet onrechtmatig kunnen zijn wanneer deze anderszins zijn toegestaan en – zo begrijpt Milieudefensie c.s. – wanneer overheden aldus geen actie ondernemen om haar activiteiten aan banden te leggen.
5. Het is voorshands evident dat de leer ter zake de vrijwarende werking van vergunningen, zoals onder meer uitgemaakt in het arrest Vermeulen/Lekkerkerker,³ niet een dergelijk vergaande strekking heeft. Uit dit arrest volgt dat het beschikken over een vergunning niet automatisch vrijwaart voor aansprakelijkheid. Wanneer er echter in het geheel geen sprake is van een vergunning, maar enkel van andere vormen van regulering of niet-regulering, kan geen beroep op deze jurisprudentie worden gedaan.
6. Belangrijker nog is dat RDS met dit verweer het leerstuk van de onrechtmatige daad als zodanig miskent. RDS impliceert met haar verweer dat, zolang zij zich maar aan alle regelgeving houdt en de overheid haar activiteiten toestaat, zij niet onrechtmatig kan handelen. Op grond van artikel 6:162 van het BW is echter niet enkel een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht onrechtmatig, maar ook het inbreuk maken op een recht en het in strijd handelen met de maatschappelijke zorgvuldigheid. In dit verband dient een afweging gemaakt te worden, waarin ook de aanwezigheid van overheidsmaatregelen zoals vergunningstelsels een rol kunnen spelen.
7. De uitkomst van deze afweging wordt echter niet enkel bepaald door dergelijke overheidsmaatregelen, maar ook door andere relevante feiten, zoals de bekendheid van RDS met de gevaren van klimaatverandering, het aandeel van RDS in de veroorzaking van klimaatverandering, de doelstellingen van het VN Klimaatverdrag en het Parijs Akkoord, de kans op gevaarlijke klimaatverandering bij voortzetting van het verweten gedrag en de bezwaarlijkheid voor RDS om het verweten gedrag aan te passen. Deze en andere relevante feiten en omstandigheden bepalen tezamen welk handelen de maatschappelijke zorgvuldigheid in het gegeven geval eist.
8. Beoordeeld dient te worden wat alle relevante feiten en omstandigheden tot consequentie moeten hebben voor het nu en in de toekomst op een maatschappelijk zorgvuldige wijze handelen door RDS.
9. In dat verband wijs ik erop dat nergens in de literatuur, verdragen of andere bronnen betoogd wordt dat de Parijsdoelstelling gehaald zal worden, wanneer de grote fossiele producenten hun activiteiten 'business as usual' voortzetten en blijven investeren in fossiele brandstoffen, zolang zij zich maar houden aan de voorwaarden van verkregen vergunningen en aan de regels van de verschillende staten waar zij wereldwijd hun activiteiten ontplooiën.

³ HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vermeulen/Lekkerkerker), ECLI:NL:HR:1972:AC1311.

Het tegenovergestelde is het geval: het behalen van de Parijsdoelstelling wordt onmogelijk wanneer grote spelers zoals RDS niet aanvullend op de overheidsmaatregelen actie ondernemen.

10. Op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad kan RDS eveneens niet worden gevolgd in haar verweer dat zij niet onrechtmatig kan handelen zolang haar activiteiten als zodanig worden toegestaan.
11. De Hoge Raad heeft ter zake van diverse onderwerpen op basis van het ongeschreven recht verstrekkende zorgplichten voor private partijen geïntroduceerd, bij gebrek aan relevante en adequate overheidsregulering. Een logische parallel die in dit verband kan worden getrokken is de vergelijking met de asbestproblematiek.
12. De met het gebruik van asbest gepaard gaande risico's zijn op zijn laatst in het begin van de jaren zestig van de vorige eeuw onbetwistbaar komen vast te staan. De overheid schoot evenwel tekort in het bieden van bescherming en legde uiteindelijk pas in 1993 een verbod op tot het gebruik van asbest. De maatschappelijke impact van dit tekortschieten is zeer groot geweest. Zo had een verbod op asbest in 1965, in plaats van in 1993, alleen al in Nederland 34.000 slachtoffers en 41 miljard gulden in kosten kunnen schelen.⁴ Hoe groot en buitengewoon ernstig ook, deze impact valt in het niet bij de gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering. Ik verwijs daartoe terug naar de dagvaarding.
13. Interessant is dat de overheid zich ook in het kader van de asbestproblematiek bij het reguleringsproces in grote mate liet beïnvloeden door de industrie. Belangrijke strategieën van de asbestindustrie waren (1) het schrijven van cruciale passages in adviezen aan de overheid door officiële 'onafhankelijke' adviesorganen, (2) het zaaien van twijfel in het wetenschappelijke en maatschappelijke debat, (3) het benadrukken van de economische betekenis van asbest en (4) het beïnvloeden van de publieke opinie.⁵
14. Deze strategieën zullen ook in relatie tot de klimaatproblematiek en wellicht in relatie tot sommige van de door RDS aangevoerde verweren u niet onbekend voorkomen. De overheid koos qua aanpak vervolgens het poldermodel: het bekende politieke model van langdurig overleg tussen alle bij het maatschappelijk probleem betrokken partijen, waarbij de overheid de steun zoekt van marktpartijen en eerst met wetgeving komt, als met deze partijen tot een min of meer gezamenlijk standpunt is gekomen. Het gevolg was dat de industrie een grote invloed had op de wetgever. Dit staat ook wel bekend onder de noemer "regulatory capture", waarin de wetgever in de greep is van diegene op wie zij eigenlijk toezicht zou moeten houden. De strategie van de industrie, in combinatie met dit polderen van de Nederlandse overheid, leidde tot ineffectieve maatregelen en een vertraging van een verbod met tientallen jaren.⁶

⁴ In vergelijking met de 52600 slachtoffers en 67 miljard gulden in verwachte kosten over de periode van 1969-2030. Zie: P. Harremoës e.a., Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896–2000, EEA 2000, p. 58.

⁵ R.F. Ruers, 'Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering, Boom Juridische uitgevers, maart 2012, p 461.

⁶ Zie voor een goed overzicht van deze geschiedenis: R.F. Ruers, 'Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering, Boom Juridische uitgevers, maart 2012, par. 7.1 en 7.2.

15. In de tussentijd liep het aantal asbestslachtoffers evenwel op en werden er door deze slachtoffers ook civielrechtelijke procedures aangespannen. In deze zaken verweerden de werkgevers en asbestproducenten zich, naast met het zaaïen van twijfel omtrent de stand van de wetenschap en het ontkennen van het gevaar, ook met het argument dat asbest niet verboden was, dat men zich hield aan alle regelgeving, dat de Arbeidsinspectie geen verdergaande maatregelen had voorgeschreven of aanbevolen en dat het gebruik van asbest zelfs van overheidswege was voorgeschreven en in zoverre gepropageerd werd.
16. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat al deze omstandigheden er niet aan afdeden dat hetgeen de werkgevers en asbestproducenten wisten of moesten weten omtrent de gevaren van asbest, hen had moeten nopen tot het treffen van maatregelen. In deze rechtspraak over de aansprakelijkheid van werkgevers en producenten van schadelijke producten zoals asbest hebben zich de volgende, ook voor deze zaak relevante, rechtsregels ontwikkeld:⁷
- Het feit dat regelgeving ter zake van een risico ontbreekt of onvoldoende is uitgewerkt, laat onverlet dat op grond van het ongeschreven recht een verplichting tot het nemen van veiligheidsmaatregelen op een actor kan rusten;⁸
 - Ook bij een kleine kans op ernstige schade kan er reeds een verplichting tot het treffen van voorzorgsmaatregelen bestaan;⁹
 - In het algemeen mag een hoog kennisniveau van een actor worden verwacht over de risico's die gepaard gaan met zijn bedrijfsmatige activiteiten. Actoren dienen proactief onderzoek te doen naar eventuele risico's die gepaard gaan met hun handelen;¹⁰
 - Onzekerheid over een risico is juist een reden om onderzoek te verrichten;¹¹
 - Bij ernstige risico's komt geen dan wel minder gewicht toe aan de kosten of bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen;
 - Het feit dat het risicovolle gedrag maatschappelijk wordt geaccepteerd of zelfs van overheidswege wordt gestimuleerd, maakt dit gedrag niet (zonder meer) rechtmatig;¹²

7 Zie hiervoor: E.R. de Jong, 'Legitimiteitsperspectieven op rechterlijke participatie bij vermeend overheidsfalen', TGMA, 2017/3 en L. Enneking & E. de Jong 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', NJB 2014/23.

8 Zie bijv. HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9376, r.o. 3.4, NJ 1990/573, m.nt. P.A. Stein (Janssen/Nefabas); HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, r.o. 3.8.4, NJ 1993/686, m.nt. P.A. Stein (Cijssouw I).

9 Zie C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: University Press 2013, nr. 805 en 806; HR 8 januari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4306, NJ 1982/614, m.nt. C.J.H. Brunner (Natronloog); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, NJ 2006/147, m.nt. C.J.H. Brunner (Hertel/Van der Lugt); HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103, m.nt. I. Giesen (Eternit/Horsting).

10 Zie: E.R. De Jong, 'Voorzorgverplichtingen, Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's', *Boom juridisch* 2016, par. 10.2.4; K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht', Kluwer 2012, p. 380-381; en bijv. HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9376, r.o. 3.4, NJ 1990/573, m.nt. P.A. Stein (Janssen/Nefabas).

11 E.R. De Jong, 'Voorzorgverplichtingen, Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's', *Boom juridisch* 2016; C.C. van Dam, 'Taxus revisited. Een kleine taxonomie van het kennisvereiste', *MvV* 2015, afl. 7-8, p. 229-234.

12 HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:ZC2721, r.o. 3.3.2, NJ 1999/683, m.nt. J.B.M. Vranken (Cijssouw II).

- Het feit dat het risicovolle gedrag gangbaar is in de industrie en dat andere actoren eveneens niet de benodigde zorg betrachten, laat onverlet dat een actor op zijn onrechtmatige gedrag kan worden aangesproken.¹³
17. Uit het voorgaande kan afdoende worden opgemaakt dat het argument van RDS dat haar activiteiten (categorisch) niet onrechtmatig kunnen zijn, zolang overheden haar activiteiten toestaan, dient te falen.
 18. Ten slotte komt het door RDS opgeworpen verweer in strijd met het mensenrechtenrecht. In de Urgenda uitspraak¹⁴ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat klimaatverandering een bedreiging van de mensenrechten oplevert, meer specifiek het recht op leven en het recht op een ongestoord gezinsleven, zoals vastgelegd in de artikelen 2 en 8 van het EVRM. Deze artikelen verplichten tot het treffen van maatregelen die daadwerkelijk geschikt zijn om het dreigende gevaar zoveel als redelijkerwijs mogelijk af te wenden. Artikel 13 van het EVRM noopt er vervolgens toe dat het nationale recht een effectief rechtsmiddel moet bieden om tegen een schending of dreigende schending van de door het EVRM gewaarborgde rechten op te komen. Dit brengt met zich dat de nationale rechter moet kunnen voorzien in effectieve rechtsbescherming.
 19. Naar de mening van Milieudefensie c.s. is in strijd met deze uitgangspunten dat RDS zich zou kunnen verschuilen achter inadequate, gebrekkige of zelfs afwezige klimaatregelgeving, wanneer geoordeeld zou worden dat RDS zich met haar inadequaat klimaatbeleid schuldig maakt aan gevaarstelling en/of een schending van artikel 2 en artikel 8 van het EVRM.
 20. Gelet hierop kan RDS geen vrijwarende werking ontlenen aan al dan niet toekomstige publiekrechtelijke regelgeving die haar activiteiten reguleert.

De vergunningen van RDS zijn slechts relevant voor een zeer beperkt deel van de vordering van Milieudefensie c.s.

21. Ik kom vervolgens toe aan een bespreking van de vergunningen van de dochtervennootschappen van RDS en het ETS. Milieudefensie c.s. meent dat RDS zich niet achter deze vergunningen kan verschuilen, wanneer zij wordt aangesproken op haar gevaarzettend en onrechtmatig concernbeleid.
22. Allereerst dient te worden geconstateerd dat de vergunningen van de dochtervennootschappen, waarop RDS zich beroept in haar verweer slechts relevant kunnen zijn voor een zeer beperkt deel van de vordering van Milieudefensie c.s.

¹³ HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:ZC2721, r.o. 3.3.2, NJ 1999/683, m.nt. J.B.M. Vranken (Cijssouw II); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, NJ 2006/147, r.o. 3.8, m.nt. C.J.H. Brunner (Hertel/Van der Lugt).

¹⁴ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, bijv. r.o. 5.5.2, 5.6.2 en 5.7.9.

23. Binnen de vordering van Milieudefensie c.s. zit besloten dat RDS niet enkel de directe emissies van haar installaties dient terug te brengen, maar onder meer ook haar zogenaamde scope 3 emissies. Dit zijn de emissies die het gevolg zijn van het verbruik door derden van de fossiele brandstoffen die Shell produceert en op de markt brengt. Dit zijn bijvoorbeeld de emissies door de auto's van mensen die bij Shell tanken. Dergelijke emissies hebben het grootste aandeel in de totale uitstoot, verbonden aan de bedrijfsactiviteiten en de verkochte energiedragende producten van Shell. Ruim 85% van het gezamenlijk jaarlijks volume van de aan Shell verbonden CO₂-emissies zijn scope 3 emissies.¹⁵
24. Het ETS en de onder toepassing daarvan verleende vergunningen hebben betrekking op de broeikasgasemissies door de installaties van Shell. Deze vergunningen zien niet op scope 3 emissies. Gelet hierop kan RDS zich ook niet met verwijzing naar deze vergunningen en wetgeving vrijwaren van de vordering van Milieudefensie c.s., voor zover deze op scope 3 emissies ziet. Hiermee zijn de vergunningen van de dochtervennootschappen van RDS voor het overgrote deel van de vordering van Milieudefensie c.s. – voor meer dan 85% – niet relevant.
25. Voorts verwijst RDS ter zake haar beroep op vrijwarende vergunningen enkel specifiek naar het Europese ETS. De vordering van Milieudefensie c.s. ziet echter op de mondiale aan RDS en haar Shell Groep verbonden CO₂-emissies. De door RDS aangehaalde vergunningen zijn daarmee in ieder geval ook niet relevant voor de beoordeling van de vordering, voor zover deze ziet op de emissies van Shell buiten Europa.
26. RDS stelt dat de activiteiten en installaties van de Shell Groep in andere landen ook zijn onderworpen aan regulering, maar substantieert dat verder niet. De bespiegelingen van RDS over de wijze waarop verschillende landen over de wereld in meer of mindere mate maatregelen nemen om uitvoering te geven aan de Parijsdoelstelling, kunnen in ieder geval niet leiden tot het aannemen van een vrijwarende werking. Uit deze algemene bespiegelingen van RDS volgt niet dat haar dochtervennootschappen in deze andere landen beschikken over vergunningen met een vrijwarende werking op basis van de criteria uit het arrest Vermeulen/Lekkerkerker.
27. Het beroep van RDS op de vergunningen van haar dochtervennootschappen en het ETS kan aldus geen consequenties hebben voor het overgrote deel van de vordering van Milieudefensie c.s., vanwege het mondiale karakter van deze vordering en de grote rol die scope 3 emissies hierin spelen.
28. Voor welk deel van de vordering van Milieudefensie c.s. is dit beroep op vrijwarende vergunningen dan wel relevant? Uit de CDP rapportage van RDS volgt dat in 2018 19 % van de totale scope 1 emissies van RDS onder het ETS viel.¹⁶

15 Paragraaf 99 van de conclusie van antwoord en <https://reports.shell.com/sustainability-report/2019/our-performance-data/environmental-data.html>.

16 Productie 315, pag. 154.

Aangezien de scope 1 en 2 emissies van RDS gezamenlijk een kleine 15 % van de totale emissies van RDS uitmaken en de scope 1 emissies ongeveer 7/8 deel uitmaken van deze 15 %, kan vervolgens worden berekend dat slechts een kleine 2.5 % van de emissies van RDS onder het ETS vallen.¹⁷

29. Ondanks deze zeer beperkte relevantie is het goed om de vergunningen van de dochtermaatschappen van RDS en het ETS te bespreken. Al is het maar om te illustreren dat van dergelijke vergunningenstelsels niet snel een vrijwarende werking uitgaat. In dit verband zal ik eerst kort ingaan op de leer inzake de vrijwarende werking die vergunningen kunnen hebben.

Het toetsingskader

30. Op grond van het door RDS aangehaalde arrest Vermeulen/Lekkerkerker dient voor de beoordeling van de vrijwarende werking van een vergunning gekeken te worden naar (1) de aard van de betrokken vergunning, (2) het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust en (3) een en ander in verband met de omstandigheden van het geval. Uit het feit dat deze drie factoren moeten worden bekeken en gewogen, volgt reeds dat het handelen met een vergunning niet zonder meer rechtmatig is en dat van een vergunning niet zonder meer een vrijwarende werking uitgaat.
31. De meeste jurisprudentie over dit onderwerp ziet op hinder kwesties en niet op een zaak als de onderhavige. Deze jurisprudentie laat zien dat, ook wanneer het soort hinder waarop de civiele vordering is gebaseerd, in het kader van de bij de vergunningverlening verrichte belangenafweging een rol kan spelen, daarmee nog lang niet vaststaat dat de vergunning een doorslaggevende rol speelt bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid. De vrijwarende werking van een vergunning komt dichterbij naarmate de vragen die in de bestuursrechtelijke kolom zijn beantwoord, meer overeenstemming vertonen met de vragen die de burgerlijke rechter moet beantwoorden. De jurisprudentie laat echter zien dat er niet gemakkelijk van uit mag worden gegaan dat de bestuurlijke afweging zodanig overeenstemt met de beoordeling die de burgerlijke rechter moet maken, dat voor diens oordeel de vergunning de doorslag geeft.¹⁸
32. Zowel uit het arrest Vermeulen/Lekkerkerker als het arrest Ludlage/Van Paradijs¹⁹ volgt dat de burgerlijke rechter bij zijn beoordeling van een civiele vordering, niet snel tot de conclusie komt dat de te maken afweging reeds in het kader van de vergunningverlening afdoende aan de orde is geweest.

¹⁷ Ongeveer (7/8 deel van 15 % =) 13,125% van de totale emissies van RDS zijn scope 1 emissies. Zodoende valt slechts (19% van 13,125% =) 2,5% van de totale emissies van RDS onder het ETS.

¹⁸ Zie: J.H.A. van der Grinten, 'Vermeulen/Lekkerkerker: een springlevend uitgangspunt', in: Jurisprudentie Milieurecht, oktober 2007, afl. 9.

¹⁹ HR 21 oktober 2005, NJ 2006, 418 (Ludlage / Van Paradijs), ECLI:NL:HR:2005:AT8823.

33. In beide zaken bood het publiekrechtelijk kader mogelijkheden voor de gelaedeerde partij om bij de vergunningverlening zijn belangen beoordeeld te krijgen en bescherming in te roepen. In de zaak Vermeulen/Lekkerkerker vanwege de zeer ruime beschermingsdoelstelling en het daaraan verbonden ruime toetsingskader van de toenmalige Hinderwet.²⁰ In de zaak Ludlage/Van Paradijs omdat het relevante bestemmingsplan de mogelijkheid bood om nadere eisen te stellen aan de bouwvergunning, om een onnodig nadelige verandering van de lichtinval op aangrenzende bebouwing te voorkomen. De latere civielrechtelijke discussie in deze zaak spitste zich namelijk voor een groot deel toe op een verlies aan lichtinval (naast een verlies van uitzicht) door de bouw.
34. Niettemin oordeelde de Hoge Raad in Vermeulen/Lekkerkerker dat het ruime beschermingsbereik van de Hinderwet (citaat) *“niet meebrengt dat daardoor de omvang van de rechten van de eigenaren van naburige percelen in die zin zou worden beperkt dat deze eigenaren schade of hinder van zodanige aard dat zij deze in het algemeen niet behoeven te dulden, wel zouden moeten verdragen van iemand die voor het handelen dat die schade of hinder veroorzaakte, een Hinderwetvergunning had gekregen”*.
35. In Ludlage/Van Paradijs oordeelde de Hoge Raad ondanks de beschermingsmogelijkheid die het bestemmingsplan bood, dat (citaat) *“de (particuliere) belangen van (derden als) Van Paradijs c.s. niet reeds in (het kader van de vaststelling van) het bestemmingsplan in aanmerking zijn genomen”*. Gelet hierop stond de bouwvergunning niet in de weg aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, vanwege (onder meer) een verlies aan lichtinval.
36. Samenvattend kan geconcludeerd worden dat het enkele feit dat dezelfde (soort) belangen gediend worden met een wettelijke regeling en een daarop gebaseerde vergunning, als de belangen die spelen in de civielrechtelijke procedure, op zichzelf onvoldoende is om vrijwaring aan te nemen. De vrijwarende werking van een vergunning komt pas in beeld wanneer in het kader van de vergunningverlening daadwerkelijk dezelfde belangen zijn gewogen als die welke de burgerlijke rechter in aanmerking moet nemen bij de beoordeling van de civielrechtelijke vordering.
37. Ik zal nu toelichten dat de vergunningen van de dochtervennootschappen van RDS en het ETS als zodanig geen vrijwarende werking hebben.

²⁰ Volgens de Hoge Raad had de Hinderwet ten doel om zoveel mogelijk te voorkomen dat van een inrichting in de zin van die wet gevaar, schade aan eigendommen, aan bedrijven of aan de gezondheid of hinder van ernstige aard zal worden ondervonden. De op grond van deze wet in casu verleende vergunning bevatte zelfs een voorschrift dat de vergunninghouder kolonievorming van kraaien en roeken moest tegengaan, welke kraaien en roeken de schade veroorzaakten waarover later civielrechtelijk werd geprocedeerd.

Toetsing aan Vermeulen/Lekkerkerker – geen belangenafweging vergelijkbaar met de deze zaak

38. Indachtig het zojuist besproken toetsingskader, is allereerst van belang dat er bij de vergunningverlening geen sprake heeft kunnen zijn van een belangenafweging welke vergelijkbaar is met de in de onderhavige zaak door uw rechtbank te maken afweging.
39. In deze zaak wordt RDS aangesproken op het niveau van haar concernbeleid, inclusief haar klimaat- en transitiebeleid en het daarmee samenhangende investeringsbeleid en portefeuillebeleid. Milieudefensie c.s. vordert het op termijn in omvang terugbrengen van het totale jaarlijkse volume van de CO₂-emissies van Shell wereldwijd. Milieudefensie c.s. meent in dit verband dat RDS voldoet aan alle kerncriteria die relevant zijn voor het kunnen vaststellen van een zorgplicht en aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad in relatie tot het mondiale klimaatprobleem.
40. Met de vergunningverlening aan de dochtervennootschappen van RDS wordt hen onder het ETS toestemming gegeven om CO₂ uit te stoten, zolang zij voor deze uitstoot emissierechten kunnen inleveren.
41. Reeds de enkele omstandigheid dat het gaat om het verlenen van een vergunning op het niveau van een dochtervennootschap, maakt dat de daarbij spelende belangenafweging naar zijn aard een andere en noodzakelijkerwijs veel beperktere is, dan de beoordeling van het concernbeleid van RDS, op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid en mensenrechten, zoals aan de orde in deze zaak. Een totaalbeoordeling van het beleid van RDS en de effecten daarvan ontbreken – qua reikwijdte – per definitie bij de verlening van een vergunning aan een dochtervennootschap.
42. Het totaal is ook meer dan de som der delen. Uit het feit dat aan een individuele dochtervennootschap een vergunning wordt verleend, kan niet worden afgeleid dat het gebruik maken van alle individuele vergunningen van de dochtervennootschappen van RDS tegelijkertijd, indachtig de effecten daarvan op het klimaat, daadwerkelijk geoorloofd is. RDS zal nog steeds prudent met haar uitstoot, haar vergunningen en met nieuwe vergunningaanvragen moeten omgaan.
43. De belangenafweging bij de vergunningverlening dekt aldus naar zijn aard per definitie niet de in deze zaak te maken afweging ter zake de beleidskeuzes van RDS om te blijven investeren in fossiele infrastructuur en om CO₂ te blijven uitstoten in een omvang die het halen van de Parijsdoelstelling in gevaar brengt en het risico op gevaarlijke klimaatverandering ontoelaatbaar vergroot.
44. Reeds gelet hierop kan RDS geen vrijwarende werking ontlenen aan de vergunningen van haar dochtervennootschappen, noch aan het ETS als zodanig. Opgemerkt wordt dat er ook geen jurisprudentie bestaat waar zich (al dan niet naar analogie) een vergelijkbare situatie voordoet en niettemin tot vrijwarende werking is geconcludeerd.

45. Voor het geval dat het voorgaande standpunt van Milieudefensie c.s. niet zou worden gevolgd, zal ik – subsidiair – meer inhoudelijk ingaan op de vergunningen van de dochtervennootschappen van RDS en het ETS.

Toetsing aan Vermeulen/Lekkerkerker – vergunningen hebben geen vrijwarende werking

46. Relevant is dat er bij de verlening van de vergunningen waar RDS een beroep op doet, in het geheel geen belangenafweging wordt verricht met betrekking tot de toegestane hoeveelheid uitgestoten broeikasgassen. Ik zal dit toelichten.
47. Ingevolge artikel 16.5 van de Wet milieubeheer is het verboden om zonder vergunning van de emissieautoriteit een broeikasgasinstallatie te exploiteren. Bedrijven die met hun installaties onder het ETS vallen, moeten daarom een emissievergunning aanvragen. Het belangrijkste onderdeel van de emissievergunning is het monitoringsplan, zoals opgesteld door het bedrijf zelf en goedgekeurd door de emissieautoriteit. In dit monitoringsplan wordt onderbouwd hoe het bedrijf haar uitstoot monitort. Bij de verlening van de emissievergunning wordt verder geen belangenafweging verricht of eisen gesteld ter zake de hoeveelheid toegestane emissies. Zolang een bedrijf voor haar uitstoot emissierechten kan inleveren, mag zij uitstoten. Deze emissierechten krijgen bedrijven door toewijzing, via verkoop op veilingen en via handel op de markt.
48. Naast deze emissievergunning, heeft een bedrijf voor een inrichting waarin zich een broeikasgasinstallatie bevindt ook een omgevingsvergunning nodig, op grond van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht. Op grond van artikel 5.12 van het Besluit omgevingsrecht mogen aan deze omgevingsvergunning geen voorschriften worden verbonden met betrekking tot emissiegrenswaarden en ter bevordering van een zuinig gebruik van energie in de inrichting.²¹
49. Hieruit volgt dat noch bij de verlening van de emissievergunning, noch bij de verlening van een omgevingsvergunning, ruimte bestaat voor een belangenafweging ter zake de toegestane hoeveelheid emissies. Wanneer het gaat om broeikasgasemissies vanwege een installatie en activiteit die valt onder het ETS, is er voor wat betreft dit aspect aldus sprake van een zogenaamde ‘gebonden beschikking’, die een belangenafweging op het niveau van de vergunningverlenende instantie onmogelijk maakt.
50. Gelet op de gebonden beschikking die deze vergunningverlening inhoudt, kan niet gezegd worden dat de overheid in het kader van de verlening van de vergunning dezelfde belangen heeft gewogen, of heeft kunnen wegen, als aan de orde in deze civiele procedure. Aan de vergunning ‘sec’ kan daarom geen vrijwarende werking worden ontleend.

²¹ Artikel 5.12 van het Besluit omgevingsrecht betreft een implementatie van artikel 9 van de Richtlijn Industriële emissies en artikel 26 van de ETS-richtlijn.

51. Ik herhaal in dit verband nogmaals dat deze zaak een veel ruimere reikwijdte heeft dan de verlening van een vergunning aan een dochtervennootschap van RDS. Deze zaak gaat over de zorgplicht van RDS in relatie tot het klimaatprobleem en hoe deze zorgplicht zou moeten doorwerken in de beleids- en investeringskeuzes van RDS op concernniveau. Bovendien heeft deze zaak ook betrekking op de verantwoordelijkheid van RDS voor haar scope 3 emissies, welke sowieso niet gereguleerd worden door vergunningen.
52. Vervolgens zal bezien moeten worden of er wel een vrijwarende werking ontleend kan worden aan het ETS, waar de emissievergunningen op gebaseerd zijn.

Toetsing aan Vermeulen/Lekkerkerker – het ETS heeft geen vrijwarende werking

53. Er bestaat een wezenlijk verschil tussen het aannemen van vrijwarende werking op basis van een vergunning en het aannemen van vrijwarende werking op basis van regelgeving 'sec'. De rechtvaardiging voor de vrijwarende werking, volgt bij een vergunning immers uit de discretionaire ruimte die het bevoegd gezag normaalgesproken – weliswaar niet in dit specifieke geval – pleegt te hebben om belangen af te wegen en maatwerk te leveren. Deze maatwerkmogelijkheid ontbreekt evenwel bij regelgeving 'sec'. Uit regelgeving zal naar zijn aard immers (vrijwel) nooit een op de specifieke omstandigheden van het geval toegespitste belangenafweging volgen.
54. Milieudefensie c.s. meent dat er reeds hierom geen sprake kan zijn van een zodanige binnen het ETS besloten liggende belangenafweging, dat deze geen ruimte meer overlaat voor civielrechtelijke vorderingen. Zodoende kan het ETS geen vrijwarende werking hebben.
55. In dit verband dient men zich voorts te realiseren dat het aannemen van vrijwarende werking van het ETS zeer verstrekkend zou zijn. In dat geval zou worden geoordeeld dat publiekrechtelijke regelgeving – zonder een op de omstandigheden van het geval toegespitste belangenafweging – geheel en volledig in de weg staat aan het uitoefenen van een fundamenteel recht van burgers. Te weten het recht om een vordering op basis van onrechtmatige daad in te stellen en zo schade te voorkomen. Voor een dergelijk verstrekkend oordeel zou eigenlijk alleen aanleiding kunnen bestaan wanneer gegarandeerd is dat de publiekrechtelijke regelgeving in kwestie de potentiële schade ook geheel en volledig voorkomt of deze schade geheel en volledig vergoedt. Er moet dus sprake zijn van een duidelijke uitputtende werking, welke dekkend is ter zake de civiele vordering en de daarbij spelende belangen en (dreigende) schade.
56. Wanneer van een dergelijke uitputtende werking geen sprake is, wordt bij vrijwaring een ontoelaatbare inbreuk gemaakt op de rechten van burgers, aangezien zowel de publiekrechtelijke regelgeving niet in hun belangen voorziet, noch er een civielrechtelijk vangnet is. Dit geldt temeer nu het hier gaat om het voorkomen en ongedaan maken van een schending van mensenrechten.

57. In de praktijk zal wetgeving met een dergelijke uitputtende, vrijwarende werking zich niet snel voordoen. Ook hier doet deze zich niet voor. Ik zal dat toelichten.

Het ETS heeft niet een uitputtende, vrijwarende werking als doelstelling

58. Van belang is dat noch de ETS-richtlijn, noch de implementerende wetgeving van deze richtlijn, op enig moment rept over een mogelijk vrijwarende werking van het ETS, het in de weg staan van het ETS aan civielrechtelijke vorderingen, of een anderszins civielrechtelijk uitputtende werking. Een dergelijke doelstelling heeft het ETS simpelweg niet en een dergelijke gedachte is ook niet opgekomen bij de creatie van het ETS.
59. Wanneer wetgeving wel uitputtend is bedoeld, volgt dit over het algemeen expliciet uit de totstandkomingsgeschiedenis. Een (zeldzaam) voorbeeld van wetgeving met een wel uitputtende werking betreft de Kernenergiewet. Deze wet vormt, samen met de daarop gebaseerde vergunningen, een integrale regeling voor de bescherming tegen de nadelige gevolgen van de daaronder vallende activiteiten voor de volksgezondheid en het milieu. Dit volgt ook uit paragraaf 2 van de memorie van toelichting bij de Kernenergiewet, waarin wordt overwogen dat de Kernenergiewet *“moet worden aangemerkt als een integrale regeling in die zin dat zij strekt tot bescherming van alle bij de opslag van splijtstoffen en radioactieve stoffen betrokken belangen”*. Reden waarom het ook niet mogelijk is om via een civiele procedure een vergunninghouder de verplichting op te leggen om bij haar werkzaamheden meer en andere regels in acht te nemen dan in de voorschriften van de vergunning zijn neergelegd.²²
60. Een voorbeeld van een arrest van de Hoge Raad waarin werd overwogen dat een wettelijk kader geen uitputtende regeling inhield, betreft het arrest van 26 november 1993 (schade geluidshinder militair vliegveld Soesterberg).²³ In dit arrest werd onder meer op basis van de parlementaire geschiedenis geoordeeld dat een schadevergoedingsplicht uit de Luchtvaartwet niet de bedoeling heeft om de mogelijkheid van een veroordeling tot schadevergoeding wegens geluidshinder op basis van artikel 6:162 BW uit te sluiten.
61. Aanknopingspunten voor een civielrechtelijk uitputtende werking zijn niet te vinden in de totstandkomingsgeschiedenis van het ETS. Wel zijn er aanknopingspunten voor het tegendeel. Zo is in artikel 1.1a van de Wet milieubeheer – de wet waarin het ETS in Nederland geïmplementeerd is – een algemene zorgplicht vastgelegd met betrekking tot het milieu. Deze bepaling dient als vangnet, zodat ook kan worden opgetreden tegen milieuvervuiling als daar geen specifiek op toegesneden wettelijke bepaling voor is. In het derde lid van dit artikel is evenwel duidelijk gemaakt dat dit bestuursrechtelijke vangnet de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid onverlet laat en het dus ook mogelijk is civielrechtelijk op te treden. Voor de wet waarin het ETS in Nederland is geïmplementeerd, geldt aldus expliciet geen uitputtende civielrechtelijke werking.

²² Temeer niet wanneer over deze regels bij de bestuursrechter is geprocedeerd. Zie: HR 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2249.

²³ HR 26 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1156, m.nt. F.H. van der Burg, AB 1995, 81, r.o.v. 3.3.

62. Naar analogie met het arrest Vermeulen/Lekkerkerker kan gesteld worden dat het ETS in ieder geval niet met zich brengt dat daardoor de omvang van de rechten van Milieudefensie c.s. in die zin wordt beperkt, dat Milieudefensie c.s. gevaarstelling en (dreigende) schade die zij in het algemeen niet hoeft te dulden, wel zou moeten verdragen van RDS, omdat de activiteiten van een deel van de dochtervennootschappen van RDS vallen onder het ETS. Van vrijwarende werking kan aldus geen sprake zijn.

De in het ETS geïmplementeerde reductiedoelstellingen zijn onvoldoende

63. Milieudefensie c.s. meent dat in dit verband tevens – subsidiair – relevant is dat de feitelijke in het ETS neergelegde reductiedoelstellingen onvoldoende zijn om – voor wat betreft de ETS sector – de Parijsdoelstelling te halen, laat staan om gevaarlijke klimaatverandering volledig te voorkomen.
64. Dit wordt ook door de Europese wetgever erkend in de totstandkomingsgeschiedenis van de aanpassing van de ETS-richtlijn in 2009. In dit verband wordt bij wijze van voorbeeld gewezen op overweging 1.2 en overweging 6.5 van het Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité (hierna: “EESC”) over het Voorstel tot wijziging van de ETS-richtlijn van 3 februari 2009;²⁴

“1.2 ETS moet een koolstofluwe economie bevorderen en klimaatbescherming, alsook aanpassing aan en bestrijding van klimaatverandering ganmoedigen [onderstreping adv.]”

en,

“6.5 Het EESC schenkt daarom bijzondere aandacht aan de mate waarin ETS een billijke en duurzame impact kan uitoefenen op wereldwijde reductie van broeikasgassen. Kan het aantonen dat het Europese optreden geloofwaardig en doeltreffend is? In deze context zij opgemerkt dat de EU-doelstelling van 20 %-reductie van broeikasgassen tegen 2020 ten opzichte van de niveaus in 1990 (waarop ETS en de voorstellen voor lastenverdeling gebaseerd zijn) minder hoog mikt dan de reductie van 25 à 40 % voor geïndustrialiseerde landen waarvoor de EU op de klimaatveranderingsconferentie van Bali in december 2007 heeft gepleit. De Commissie hanteert de doelstellingen die door de Europese Raad in het voorjaar van 2007 zijn overeengekomen. Zij laat daarbij buiten beschouwing of dit reductieniveau werkelijk volstaat om de wereldwijde doelstellingen te verwezenlijken, dan wel alleen de wellicht maximaal aanvaardbare reductie aangeeft, rekening houdend met het evenwicht tussen de politieke en economische kortetermijnbelangen van de lidstaten. Het EESC concludeert dat het op basis van het toegenomen bewijsmateriaal betreffende de klimaatverandering zaak is de doelstellingen bij te stellen teneinde de broeikasgasemissies sterker terug te dringen [onderstreping adv.]”

24 (2009/C 27/15).

65. Na de wijziging van 2009 is de ETS-richtlijn nog enkele malen aangepast. Zo heeft de Europese Raad op 23 en 24 oktober 2014 toegezegd dat de ETS-sector in 2030 een emissiereductie met 43% ten opzichte van 2005 tot stand zal brengen. Dit nieuwe doel is op 14 maart 2018 met de inwerkingtreding van Richtlijn 2018/410 in de ETS-richtlijn geïmplementeerd. Ook dit nieuwe doel is evenwel onvoldoende om de Parijsdoelstelling te halen. De omstandigheid dat de Overeenkomst van Parijs reeds was gesloten, voorafgaand aan de creatie van Richtlijn 2018/410, heeft echter niet geleid tot het aanscherpen van de doelen.
66. Ook met de aanpassingen van het ETS na 2009 wordt aldus niet bereikt dat de reductiedoelstelling van de ETS-richtlijn in lijn is met de Parijsdoelstelling of dat hiermee – voor wat betreft het aandeel van de ETS sector – gevaarlijke klimaatverandering volledig wordt voorkomen.
67. Het is in dit verband goed nieuws dat de Europese Commissie op 17 september 2020 een EU-streefcijfer van ten minste 55% reductie in 2030 ten opzichte van 1990 in alle sectoren heeft voorgesteld.²⁵ De Europese Raad heeft deze aanscherping op 15 oktober besproken en is voornemens tijdens zijn bijeenkomst in december op dit punt terug te komen teneinde vóór het einde van het jaar een nieuw emissiereductiestreefcijfer voor 2030 te bepalen.²⁶ Wanneer het voorstel in december zou worden aangenomen, hetgeen nog niet zeker is, zal dit vervolgens vertaald moeten worden naar concrete wetgeving. Of uiteindelijk in het ETS aangesloten gaat worden bij de Parijsdoelstelling is op dit moment nog onzeker.
68. Wanneer op termijn de Parijsdoelstelling wel in het ETS geïmplementeerd zou worden – hetgeen Milieudefensie c.s. zou toejuichen – betekent dit evenwel nog niet dat het ETS daarmee een uitputtende, vrijwarende werking verkrijgt. Nog steeds geldt dan dat een dergelijke werking niet door de Europese wetgever is beoogd. Er is ook dan nog steeds geen sprake van de situatie dat Milieudefensie c.s. de gevaarstelling en (dreigende) schade, veroorzaakt door het bedrijfsbeleid van RDS, die zij in het algemeen niet hoeft te dulden, wel zou moeten verdragen, omdat de activiteiten van enkele Europese dochtervennootschappen vallen onder het ETS.

Het ETS is niet uitputtend en is niet de enige klimaatmaatregel die geldt voor de ETS-sector

69. Hierbij is volgens Milieudefensie c.s. verder van belang dat het ETS, net als andere CO₂-beprijzingssystemen en los van haar reductiestreefdoel, gebrekkig functioneert en onvoldoende is om – op zichzelf en voor wat betreft de onder haar werking vallende sectoren – gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan. De EU en de lidstaten realiseren zich dit en hanteren meerdere andere klimaatmaatregelen die invloed hebben op de onder het ETS vallende industrie. Ook in zoverre is van een uitputtende werking geen sprake. Ik zal dit toelichten.

25 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's van 17 december 2020, COM(2020) 564 final.

26 Nota betreffende de bijeenkomst van de Europese Raad (15 en 16 oktober 2020) – conclusies, EUCO 15/20.

70. Diverse (al dan niet voormalige) Europese lidstaten treffen additionele maatregelen in de vorm van, bijvoorbeeld, het invoeren van een CO₂-heffing. Onder meer het Verenigd Koninkrijk is hiertoe overgegaan en ook Nederland is van plan dit te doen met de Wet CO₂-heffing industrie.²⁷ Het wetsvoorstel hiertoe is inmiddels door de Tweede Kamer aangenomen en ligt voor bij de Eerste Kamer. Het Nederlandse heffingstarief wordt (net als in het Verenigd Koninkrijk) vormgegeven als een minimumprijs.
71. Als reden voor deze nationale CO₂-heffing wordt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel 'Wet CO₂-heffing industrie' aangegeven dat de huidige vormgeving van het ETS onvoldoende is om de Parijsdoelstelling te halen (citaat):
- "De CO₂-heffing geldt daarbij nadrukkelijk als borgingsmechanisme om CO₂-reductie te realiseren en de reductiedoelstelling te halen. De heffing is aanvullend op het Europese emissiehandelssysteem EU-ETS en sluit hier nauw bij aan. (...) De huidige vormgeving van het EU-ETS is onvoldoende om de doelen van het Akkoord van Parijs te halen. Daarom heeft Nederland een ambitieuzer nationaal reductiedoel gesteld."*²⁸
72. Naast het invoeren van CO₂-heffing door verschillende lidstaten worden er ook diverse andere klimaatmaatregelen getroffen in Europa, welke effect hebben op de ETS-sector. In de afgelopen jaren is het meest in het oog springende voorbeeld de geleidelijke uitfasering van de steenkoolsector. Kolengestookte elektriciteitscentrales veroorzaken zeer hoge emissies en vallen tevens onder het ETS. Daarnaast zijn er ook op EU-niveau verschillende additionele maatregelen naast het ETS, waarvan sommige expliciet gericht zijn op het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen. Andere maatregelen zijn weer gericht op het bereiken van doelstellingen zoals het gebruik van hernieuwbare energiebronnen en het verhogen van de energie-efficiëntie, maar treffen tevens de ETS-sector.²⁹ Immers, wanneer er meer duurzame energie aan het elektriciteitsnet wordt toegevoegd, wordt minder gebruik gemaakt van met fossiele brandstoffen gestookte energiecentrales, die onder het ETS vallen.
73. Dit alles toont aan dat het ETS één van de Europese middelen is om klimaatverandering tegen te gaan, maar dat dit niet een uitputtende werking heeft en ook op zichzelf onvoldoende is om, zelfs voor wat betreft de hieronder vallende sectoren, dit doel te bereiken.
74. In dit verband geldt bovendien dat uit diverse onderzoeken volgt dat wereldwijd verschillende CO₂-beprijzingsmaatregelen zijn ingevoerd of gepland, maar dat de prijzen binnen deze systemen veel te laag zijn om impact te hebben. Wetenschappelijke rapporten tonen aan dat daarvoor per 2020 nodig is dat een prijs wordt bereikt van minimaal 40-80 USD per ton CO₂, oplopend tot minimaal 50-100 USD in 2030 (omgerekend 34-68 euro, respectievelijk 42-84 euro).

27 Zie het Carbon Pricing Dashboard van The World Bank voor een wereldwijd overzicht van alle landen die een CO₂-beprijzingsmaatregel hebben ingevoerd en gaan invoeren: <https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/>.

28 Kamerstukken II 2020-21, 35575, nr. 3, p. 2.

29 Bijvoorbeeld Richtlijn (EU) 2018/2001 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen.

75. Het ETS haalt deze benodigde prijs bij lange na niet. Zo daalde de emissieprijs bijvoorbeeld in maart 2020 nog van ongeveer 25 euro tot ongeveer 16 euro per ton CO₂. Ook volgt uit onderzoek dat enkel CO₂-beprijzing onvoldoende is om de Parijsdoelstelling te behalen. Daarvoor zijn meerdere complementaire maatregelen nodig en is bijvoorbeeld ook noodzakelijk dat op de productie van fossiele brandstoffen gerichte subsidies en belastingvoordelen uitgefaseerd worden, aangezien deze veelal werken als omgekeerde CO₂-beprijzing en dus de CO₂-beprijzing weer geheel of ten dele teniet doet.³⁰

Conclusie

76. Op geen enkele wijze volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis, het doel én de werking van het ETS dat de (Europese) wetgever kan worden geacht de belangen, zoals naar voren gebracht binnen deze civiele procedure door Milieudefensie c.s., reeds te hebben afgewogen of dat anderszins sprake is van een uitputtende regeling. De Europese wetgever erkent het belang van het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering en erkent de beperkte strekking en reikwijdte van het ETS. De bedrijfsstrategie en activiteiten van RDS brengen het behalen van de Parijsdoelstelling in gevaar. RDS kan zich in dit geval niet vrijwaren met een verwijzing naar het ETS.
77. In dit verband wordt ten slotte nog opgemerkt dat in de Urgenda-zaak de Staat het verweer voerde dat het ETS uitputtend zou zijn in die zin dat dit systeem voor wat betreft de ETS-sector in de weg zou staan aan het nemen van maatregelen om de uitstoot van broeikasgassen verder te reduceren. Dit verweer is verworpen.³¹

De vrijwarende werking van vergunningen wordt gecorrigeerd door de maatschappelijke zorgvuldigheid

78. Zelfs wanneer uw rechtbank, ondanks al het vorenstaande, aan de hand van de criteria uit Vermeulen/Lekkerkerker, in beginsel wel tot de conclusie zou komen dat het ETS een vrijwarende werking heeft tussen particuliere partijen, kan er in het onderhavige geval van deze vrijwarende werking geen sprake zijn. Uit de jurisprudentie omtrent de vrijwarende werking van vergunningen volgen namelijk duidelijke aanknopingspunten dat de maatschappelijke zorgvuldigheid in de weg kan staan aan het aannemen van vrijwaring.
79. In hun noot bij het Kalimijnen arrest³² overwegen Schultsz en Nieuwenhuis dat een vergunninghouder geen vrijwarende werking aan de vergunning kan ontlenen, wanneer hij, gezien zijn voorsprong in kennis, moest begrijpen dat hij, ook wanneer hij zich houdt aan de voorschriften van de vergunning, niettemin ernstige schade aan het milieu toebrengt.

30 Zie: Unlocking the inclusive growth story of the 21st century, accelerating climate action in urgent times, van The Global Commission on the Economy and Climate, productie 291, p. 15, 23 en 47. In deze productie wordt ter onderbouwing verder verwezen naar: World Bank, 2018. State and Trends of Carbon Pricing 2018; en, CPLC, 2017. Report of the High-level Commission on Carbon Prices.

31 Zie de uitspraak van rechtbank Den Haag van 24 juni 2015 (ECLI:NL:RBDHA:2015:7145), overweging 4.80 en de uitspraak van gerechtshof Den Haag van 9 oktober 2018 (ECLI:NL:GHDHA:2018:2591), overweging 54.

32 HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, NJ 1989/743, m.nt. J.C. Schultsz en J.H. Nieuwenhuis.

Volgens de annotatoren geldt dit zelfs wanneer de vergunninghouder door de vergunningverlenende instantie (de overheid) wordt aangesproken. Dit geldt temeer wanneer de vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld door een derde, die buiten de vergunningverlening stond en niet jegens de vergunninghouder door middel van de vergunningverlening enig vertrouwen heeft gewekt.

80. In het arrest EZH/Bailey I³³ werd voorts overwogen dat een vergunninghouder niet conform zijn vergunning mag handelen (citaat):

“in een geval waarin de omstandigheden zo liggen dat het den vergunninghouder duidelijk moet zijn geweest dat de Minister bij zijn afweging van de in aanmerking komende belangen met het oog op een voor bepaalde belangen dreigend nadeel in redelijkheid niet tot zijn in de vergunning neergelegde beslissing had kunnen komen, in welk geval de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid kan meebrengen dat de vergunninghouder van de vergunning geen gebruik maakt of bij het gebruik maken daarvan die belangen verder ontziet dan de vergunningsvoorwaarden voorschrijven”.

81. Ten slotte is in de uitspraak van de Hoge Raad van 16 juni 2017,³⁴ met verwijzing naar onder meer het arrest Ludlage/Van Paradijs, geoordeeld dat het beschikken over of juist het ontbreken van een publiekrechtelijk vereiste vergunning, niet zonder meer bepalend is voor het antwoord op de vraag of jegens een bepaalde derde sprake is geweest van onrechtmatige hinder. Evenmin achtte de Hoge Raad het zonder meer bepalend voor het al dan niet aannemen van onrechtmatigheid of werd voldaan aan publiekrechtelijke regelgeving. De in deze zaak ter zake van geurhinder aangesproken partij stelde dat het gerechtshof had moeten toetsen aan het voorheen, ten tijde van de gestelde geurhinder, geldende publiekrechtelijk kader, waar hij zich aan zou hebben gehouden. Het gerechtshof had zich ter zake van het onrechtmatigheidsoordeel namelijk gebaseerd op een rapport van een deskundige, waarin het feitelijke geurhinderniveau was beoordeeld aan de hand van objectieve maatstaven volgens recente inzichten en toetsingskaders. De Hoge Raad oordeelde dat het gerechtshof zich inderdaad mocht baseren op deze recente inzichten en toetsingskaders, mede gelet op de omstandigheid dat uit de wetsgeschiedenis bleek dat de eerder geldende regelgeving destijds reeds als onvoldoende werd ervaren om geuroverlast te voorkomen.
82. In deze zaak werd aldus op basis van recente inzichten en nieuwe regelgeving geoordeeld dat er sprake was van onrechtmatig handelen, ongeacht of de aangesproken partij zich had gehouden aan de regelgeving die gold ten tijde van het onrechtmatig handelen.
83. Uit de genoemde jurisprudentie volgt dat in het kader van een discussie over vrijwarende werking van vergunningen of wetgeving, een onvoldoende functionerend publiekrechtelijk kader geen vrijwarende werking kan opleveren.

33 HR 14 juni 1963, NJ 1965, 82 (EZH/Bailey en De Koophandel; m.nt. JHB).

34 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, r.o. 3.3.2 en verder.

Ook wanneer de vergunninghouder weet dat hij bij het gebruik van de vergunning niettemin ernstige schade aan het milieu toebrengt of dat de overheid bij haar belangenafweging bepaalde belangen onvoldoende (zwaar) heeft gewogen, geldt dat geen sprake kan zijn van vrijwaring. Er blijft aldus altijd een eigen verantwoordelijkheid bestaan voor de vergunninghouder.

84. Ik merk op dat de zojuist besproken jurisprudentie doet denken aan de eerder besproken rechtsregels uit de asbestrechtspraak, waarin werd uitgemaakt dat inadequate regulering of zelfs stimulering vanuit de overheid niet in de weg staat aan het aannemen van onrechtmatigheid.
85. Dat de overheid stelselmatig het belang van het voorkomen van gevaarlijke klimaatverandering onvoldoende zwaar weegt, mag reeds voldoende blijken uit de Urgenda-uitspraak van uw rechtbank uit 2015. Daarnaast is evident dat de maatregelen die overheden wereldwijd treffen onvoldoende zijn om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen en dat de hulp van niet-statelijke actoren zoals RDS noodzakelijk is.
86. In de dagvaarding is voorts uitgebreid toegelicht dat RDS als geen ander op de hoogte is van de risico's van gevaarlijke klimaatverandering. RDS kiest er desalniettemin voor om een bedrijfsbeleid te voeren dat het risico op gevaarlijke klimaatverandering op onrechtmatige wijze vergroot.
87. De voornoemde omstandigheden maken dat RDS hoe dan ook geen vrijwarende werking kan ontlenen aan vergunningstelsels en regulering door de overheid wereldwijd. Een en ander geldt temeer wanneer mensenrechten in het geding zijn, zoals hier aan de orde.
88. Zelfs in het uitzonderlijke geval dat uw rechtbank op basis van de criteria uit Vermeulen/Lekkerkerker aldus zou oordelen dat in beginsel sprake is van een vrijwarende werking, meent Milieudefensie c.s. dat er goede gronden zijn om hierop in het onderhavige geval een uitzondering aan te nemen op basis van de maatschappelijke zorgvuldigheid.

Conclusie en artikel 17 Rome II

89. Vanwege al de hiervoor besproken redenen staan noch de vergunningen van de dochtervennootschappen van RDS, noch huidige en toekomstige overheidsregulering en -maatregelen in de weg aan het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid.
90. Vanochtend, bij de bespreking van het toepasselijk recht, is reeds toegelicht dat artikel 17 van de Rome II Verordening uw rechtbank niet dwingt om bij uw beoordeling rekening te houden met de vergunningen, zoals die in andere landen voor RDS en haar dochtervennootschappen gelden. Op grond van dit artikel moet immers enkel feitelijk en in passende mate rekening worden gehouden met de veiligheidsvoorschriften en gedragsregels die van kracht zijn op het tijdstip en de plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt. De 'plaats van de gebeurtenis welke de aansprakelijkheid veroorzaakt' is Nederland.

91. Artikel 17 van de Rome II Verordening noopt bovendien enkel tot het ‘rekening houden met’ de buitenlandse vergunningen en niet tot het daadwerkelijk toepassen van het recht van het land dat met deze vergunningen samenhangt. Artikel 17 van de Rome II Verordening brengt dus niet met zich dat een zwaarder gewicht aan deze vergunningen gehecht moet worden, dan dat het geval zou zijn bij een vergelijkbare Nederlandse vergunning. Evenmin dienen de gevolgen van deze vergunningen voor de onrechtmatigheidsvraag beoordeeld te worden naar de status en de rechtsgevolgen die deze vergunningen in het buitenland hebben.³⁵
92. Het staat uw rechtbank op grond van artikel 17 van de Rome II Verordening zodoende vrij om zelf te bepalen welk gewicht aan dergelijke vergunningen wordt gehecht. Los van de omstandigheid dat RDS onvoldoende gesteld en bewezen heeft met betrekking tot haar buitenlandse vergunningen, geldt de zojuist getrokken conclusie, dat er geen sprake kan zijn van vrijwarende werking, naar de mening van Milieudefensie c.s. evenzeer voor deze vergunningen.
93. Ook wanneer artikel 17 van de Rome II Verordening op zichzelf niet noopt tot het betrekken in de beoordeling van buitenlandse vergunningenstelsels, biedt het ruime toetsingskader van de maatschappelijke zorgvuldigheid hier natuurlijk wel mogelijkheden toe.
94. De eindconclusie blijft echter telkens dezelfde. RDS kan geen vrijwarende werking ontleen aan de vergunningen van haar dochtervennootschappen, in Nederland of in de rest van de wereld, noch kan een vrijwarende werking ontleend worden aan andere huidige of toekomstige overheidsregulering of –maatregelen. Met deze conclusie sluit ik af.
95. Ik geef nu het woord aan mr. Cox, die zal toelichten waarom de bijzondere aspecten van deze zaak, waaronder de door RDS aangehaalde dubbele uitdaging van klimaataanpak en energievoorziening, niet nopen tot een terughoudende beoordeling door uw rechtbank.

Advocaat

³⁵ X.E. Kramer en H.L.E. Verhagen, Asser 10/III 2015/1055, De gevolgen van een vergunning.