

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

PLEITAANTEKENINGEN:
INHOUDELIJKE BEOORDELING
VORDERINGEN
17 DECEMBER 2020

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

inzake:

MILIEUDEFENSIE C.S. /
ROYAL DUTCH SHELL PLC

1 INLEIDING

1. Milieudefensie c.s. spreekt RDS in deze procedure aan in haar rol van tophoudstermaatschappij van de Shell groep. In dit deel van het pleidooi zal ik toelichten dat de vorderingen onvoldoende basis hebben in het Nederlandse recht. Daarvoor is nodig om juridische onderscheidingen aan de orde te stellen, zoals die tussen een moedervenootschap en haar dochtermaatschappijen en die tussen de Shell vennootschappen en de eindgebruikers van de energieproducten van Shell.
2. Milieudefensie c.s. spreekt RDS aan voor CO₂-emissies van de Shell groep als geheel en de eindgebruikers van de producten van de Shell groep. RDS is niet aansprakelijk voor die emissies. Het zijn niet de emissies van RDS en die emissies kunnen ook niet aan RDS worden toegerekend in de zin dat RDS ervoor aansprakelijk zou zijn.

3. Dit juridische betoog is nodig omdat het om een rechtszaak gaat. Iets anders is dat het belang van het aanpakken van klimaatverandering buiten kijf staat. RDS en de Shell vennootschappen zetten ook al vele stappen in de energietransitie. Dat is in andere delen van de pleidooien al ruimschoots belicht.

2 **ALS DE EMISSIES NIET ONRECHTMATIG ZIJN, DAN KAN HET BELEID VAN RDS OOK NIET ONRECHTMATIG ZIJN**

4. Milieudefensie c.s. richt zich met haar vorderingen op RDS, als de tophouderstermaatschappij van de Shell groep. Zij meent dat RDS in die hoedanigheid het concernbeleid ten aanzien van energietransitie en klimaatverandering vaststelt, en dat RDS daarom in die rol kan worden aangesproken voor de CO₂-emissies van de Shell groep als geheel en de eindgebruikers van de producten van de Shell groep. Dat standpunt van Milieudefensie c.s. is onjuist.
5. Milieudefensie c.s. stelt RDS expliciet niet aansprakelijk voor specifieke gedragingen van haar 1.100 dochtervennootschappen, zoals blijkt uit haar stellingname op 3 december 2020 in de context van de discussie over het toepasselijke recht:¹

"Milieudefensie c.s. richt zich met haar verwijten dus niet tegen de gedragingen van de 1.100 individuele groepsmaatschappijen die onder centrale leiding van RDS in de wereld actief zijn. Milieudefensie c.s. heeft over de gedragingen van de 1.100 ook niets gesteld en het zou ook onmogelijk zijn om die gedragingen te onderzoeken en in deze procedure in de beoordeling door uw rechtbank te laten betrekken. Dat is ook niet nodig omdat geen van deze 1.100 vennootschappen de verantwoordelijkheid heeft of in de positie is om naast of in de plaats van RDS het concernbeleid te bepalen of de directie over het gehele concern te voeren en te coördineren."

6. RDS zou onrechtmatig handelen door haar "eigen gedragingen":²

¹ Pleitnotitie 3 Milieudefensie c.s., randnummer 10.

² Pleitnotitie 3 Milieudefensie c.s., randnummer 11.

"RDS wordt uitsluitend aansprakelijk gehouden voor haar eigen gedragingen als hoofd van de 1.100 vennootschappen tellende Shell Groep."

7. Milieudefensie c.s. stelt dat RDS haar "beleid" dient aan te passen en in lijn te brengen met de mondiale klimaatdoelstelling.³ RDS zou zich met haar huidige klimaatbeleid schuldig maken aan het schenden van het recht op leven en het recht op een ongestoord gezinsleven zoals vastgelegd in de artikelen 2 en 8 EVRM. RDS behoort deze onrechtmatige toestand volgens Milieudefensie c.s. op te heffen door aansluiting te zoeken bij de mondiale klimaatdoelstelling van het Parijs Akkoord. Milieudefensie c.s. beroept zich erop dat het klimaatbeleid dat voor de Shell groep geldt, door het bestuur van RDS wordt vastgesteld.⁴ Het ligt volgens Milieudefensie c.s. in de macht van RDS om (i) zodanig beleid te voeren dat de emissies van haar activiteiten en producten in adequate mate afnemen, (ii) aldus haar proportionele deel bij te dragen aan het behalen van de Parijsdoelstelling ter voorkoming van zeer groot gevaar, en (iii) een transitie naar een duurzame energievoorziening te bevorderen.⁵
8. Deze stellingname moet reeds falen, omdat niet valt in te zien dat het beleid van RDS onrechtmatig zou kunnen zijn, terwijl het onderwerp van dat beleid, namelijk de CO₂-emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten, niet onrechtmatig is. Het zijn de CO₂-emissies die tot het gevaar van klimaatverandering leiden. Als Milieudefensie c.s. niet stelt dat die emissies onrechtmatig zijn, hoe kan zij dan stellen dat het beleid van RDS dat volgens haar tot deze emissies leidt, wel onrechtmatig is?
9. Milieudefensie c.s. is niet expliciet op deze vraag ingegaan. Voor zover het antwoord ligt besloten in de vijf "kerncriteria" die Milieudefensie c.s. aanvoert als basis voor de stelling dat van RDS een "hoge mate van zorgvuldigheid kan worden gevergd",⁶ geldt het volgende.

³ Dagvaarding, randnummer 44.

⁴ Dagvaarding, randnummer 84 en 103.

⁵ Dagvaarding, randnummer 640.

⁶ Dagvaarding, randnummer 41 en Pleitnotitie 1 Milieudefensie c.s., randnummer 23.

10. Het eerste criterium is dat een partij "al langere tijd goed bekend is met de grote gevaren en risico's van klimaatverandering". Onduidelijk is wat precies te gelden heeft als "langere tijd" of "goed bekend" zijn. Milieudefensie c.s. stelt dat RDS "al decennialang" bekend is met "het probleem".⁷ Dat is onjuist. RDS is in 2004 opgericht en is in 2005 tophoudstermaatschappij van de Shell groep geworden. Van enige hier relevante kennis van RDS voorafgaand aan 2005 is dus geen sprake. RDS is geen rechtsopvolgster van enige andere Shell vennootschap.
11. Overigens beschikte Shell ook in de periode voordat RDS de tophoudstermaatschappij werd, niet over unieke kennis. De desbetreffende kennis heeft zich in de loop der tijd ontwikkeld in het publieke domein.⁸ Milieudefensie c.s. reageert hierop door op te merken dat het er bij de Kelderluikcriteria niet om gaat of RDS unieke kennis had. Relevant is slechts of sprake is van bekendheid met en voorzienbaarheid van de schade.⁹ Dat mag zo zijn, maar daarmee wordt niet verklaard waarom juist RDS een zorgplicht zou hebben met betrekking tot het risico van klimaatverandering en aansprakelijk zou zijn voor de CO₂-emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten.
12. De stelling van Milieudefensie c.s. dat in ieder geval vanaf 2007 geen discussie kan bestaan over de kennis en voorzienbaarheid aan de kant van RDS,¹⁰ is om dezelfde reden irrelevant. RDS had in 2007 geen andere kennis dan vele anderen, wetenschappers, overheden, beleidsmakers en private partijen. De vergelijking die Milieudefensie c.s. trekt met de kennis van een "doorsnee burger",¹¹ gaat mank. Waar het om gaat is dat RDS geen relevante kennisvoorsprong had ten opzichte van andere geïnformeerde partijen.
13. Het tweede criterium is dat een partij "een voldoende substantieel aandeel heeft in de mondiale emissies, althans voor dat aandeel een bepaalde verantwoordelijkheid draagt". Hoe moet worden vastgesteld

⁷ Dagvaarding, randnummer 44.

⁸ CvA, onderdeel 2.4.

⁹ Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 78.

¹⁰ Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 81.

¹¹ Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 83-88.

dat sprake is van een "voldoende substantieel aandeel", laat Milieudefensie c.s. in het midden. De omvang van het beweerde "aandeel van RDS" in de mondiale emissies, biedt ook overigens geen toereikende verklaring waarom op RDS een zorgplicht zou rusten als door Milieudefensie c.s. bepleit. Milieudefensie c.s. erkent volmondig dat de emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten niet "op zichzelf tot het beschreven gevaar leiden" en "niet allesbepalend zijn in de veroorzaking van het klimaatprobleem".¹² Vast staat dus dat het gevaar dat Milieudefensie c.s. in deze zaak aan de orde stelt – het risico op gevaarlijke klimaatverandering – niet door RDS wordt veroorzaakt, zelfs niet als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten aan RDS kunnen worden toegerekend.

14. Het derde criterium is dat een partij "het in zijn macht heeft om controle uit te oefenen over de betreffende emissies". Klaarblijkelijk meent Milieudefensie c.s. dat als aan dit criterium is voldaan, de desbetreffende emissies, ook al zijn het niet de emissies van RDS, toch tot een zorgplicht van RDS kunnen leiden. Deze stellingname faalt. Aan dit criterium van "controle over emissies" is niet voldaan, wat Milieudefensie c.s. er ook precies mee bedoelt. Ik zal dat in dit deel van het pleidooi vanuit verschillende gezichtspunten nader toelichten.
15. Het vierde criterium is dat een partij "een belangrijke rol heeft in de transitie naar een duurzame samenleving". Ook daar is niet aan voldaan. Zoals eerder toegelicht, is de rol van Shell in het wereldwijde energiesysteem veel beperkter dan Milieudefensie c.s. suggereert. Shell heeft geen systeeminvloed op de energietransitie.¹³ RDS heeft weliswaar een rol in die transitie. RDS heeft het echter niet in haar macht die transitie te versnellen. Het tempo waarin de transitie zich voltrekt, is afhankelijk van de vraag naar energie vanuit de samenleving en de stappen die de overheid neemt om daarin regulerend op te treden. RDS kan in zoverre geen "belangrijke" rol

¹² Dagvaarding, randnummer 509 en 644.

¹³ Pleitaantekeningen Rechtsvormende taak rechter RDS, randnummer 2-3.

hebben in de energietransitie, maar enkel invulling geven aan de rol die zij daarin kan spelen, zoals zij ook doet.

16. Het vijfde criterium is de mogelijkheid om "doeltreffende mitigatie- en voorzorgsmaatregelen" te treffen "zonder het onmogelijke te moeten doen". Ook aan dit criterium is niet voldaan. Zoals blijkt uit het Mulder-rapport, zullen de reductiemaatregelen zoals gevorderd door Milieudefensie c.s. niet doeltreffend zijn. Zolang aan de vraagzijde niets verandert, zal reductie als gevolg van toewijzing van de vorderingen van Milieudefensie c.s. immers worden gecompenseerd door extra vraag naar producten van concurrenten van Shell. In zoverre is het aannemen van een zorgplicht het vragen van "het onmogelijke" van RDS. Zij moet dan vergaande maatregelen nemen, terwijl van deze maatregelen geen effect zal uitgaan en bovendien het level playing field tussen Shell en haar concurrenten wordt verstoord.
17. De stelling van Milieudefensie c.s. dat aan de vijf door haarzelf geformuleerde criteria is voldaan, faalt dus. Die criteria vinden overigens geen steun in het recht. Milieudefensie beroept zich in dit verband op de uitspraak van de rechtbank in Urgenda,¹⁴ maar uit die uitspraak valt niet halen dat als aan deze vijf criteria is voldaan op een private partij als RDS een zorgplicht rust van de inhoud die Milieudefensie c.s. bepleit. Dat valt ook niet te halen uit de arresten van hof en Hoge Raad in Urgenda.
18. De gedachte dat op RDS in dit verband een zorgplicht zou rusten, staat bovendien haaks op de uitgangspunten van het rechtspersonen- en aansprakelijkheidsrecht.
19. Milieudefensie c.s. spreekt RDS in wezen aan vanwege de emissies van de hele Shell groep en de eindgebruikers van haar energieproducten. Daarmee negeert Milieudefensie c.s. dat de "Shell groep" geen rechtspersoonlijkheid heeft. Met de "Shell groep" wordt het concern aangeduid waarvan RDS de tophouderstermaatschappij is. Juridische verplichtingen kunnen slechts rusten op individuele groepsmaatschappijen. RDS is daar één van. RDS houdt als de tophouderstermaatschappij directe en indirecte deelnemingen in de

¹⁴ Dagvaarding, randnummer 41.

Shell vennootschappen. Uitgangspunt is dat zij niet aansprakelijk is voor het handelen of nalaten van de Shell vennootschappen.

20. Waar klimaatverandering wordt veroorzaakt door emissies en RDS zelf nagenoeg geen emissies heeft, kan RDS niet worden aangemerkt als de (primaire) schadeveroorzaker. Van aansprakelijkheid van een secundaire schadeveroorzaker, zoals een toezichthouder, kan alleen sprake zijn wanneer ook de primaire schadeveroorzaker aansprakelijk is.¹⁵ Milieudefensie c.s. stelt dat laatste niet. Voor de gedachte dat RDS in dit geval de primaire dader zou zijn, ontbreekt toereikende feitelijke en juridische basis.
21. Aansprakelijkheid van een moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad in situaties waar de dochter de primaire dader is, is naar Nederlands recht slechts mogelijk in zeer uitzonderlijke gevallen. Dit geval is daar mijlenver van verwijderd. Milieudefensie c.s. doet terecht geen beroep op het leerstuk van aansprakelijkheid in concernverhoudingen.
22. De stellingname van Milieudefensie c.s. veronderstelt dat een moedermaatschappij aansprakelijk zou kunnen zijn voor handelen of nalaten van haar dochtermaatschappij, ongeacht of de dochter aansprakelijk is. Milieudefensie c.s. betoogt immers dat het handelen van de Shell vennootschappen in deze procedure niet beoordeeld hoeft te worden, omdat dat onmogelijk zou zijn.¹⁶ Dat is de overtreffende trap van de uitzondering op de hoofdregel dat de aandeelhouder niet aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap. Er is in de jurisprudentie en literatuur geen aanknopingspunt te vinden voor deze gedachte.
23. Het voorgaande wordt ook niet anders in het licht van het zojuist besproken derde criterium, namelijk dat RDS het in haar macht zou hebben om controle uit te oefenen over de desbetreffende emissies. RDS heeft geen operationele controle over de emissies van de Shell vennootschappen. RDS heeft ook geen controle over de emissies van de eindgebruikers van de producten van de Shell. Bij gebreke van die

¹⁵ Vgl. in dit verband: Asser/Sieburgh 6-IV 2019/73.

¹⁶ Zie randnummer 5 hierboven.

controle valt niet in te zien op grond waarvan RDS aansprakelijk is voor de emissies van derden, of dat nu Shell vennootschappen of andere derden zijn. Een grondslag daarvoor valt in ieder geval niet te vinden in de Urgenda zaak. De Staat heeft het immers in haar macht om door regelgeving de emissies van haar onderdanen te beperken. RDS kan dat niet.

24. De rechtbank heeft als vraag 6 gevraagd of RDS de structuur van de Shell Groep en de positie van RDS daarin in relatie tot haar dochtervennootschappen nader kan toelichten en daarbij kan ingaan op de wijze waarop en door wie het beleid van de Shell Groep wordt bepaald.
25. De Shell groep bestaat uit een tophoudstermaatschappij (dat is dus RDS), tussenhoudstermaatschappijen, Operating Companies en Service Companies. De activiteiten van RDS bestaan uit het houden van de aandelen in de tussenhoudstermaatschappijen, het voldoen aan haar verplichtingen jegens aandeelhouders op grond van haar noteringen in New York, Londen en Amsterdam, en het bepalen van het algemene beleid van de groep. RDS onderneemt geen operationele activiteiten zoals de winning en transport van olie en gas, het produceren van windenergie of de levering van brandstoffen of elektriciteit. De Operating Companies voeren de operationele activiteiten uit. De Service Companies leveren de andere groepsmaatschappijen bijstand en diensten ter uitvoering van hun activiteiten.
26. RDS bepaalt het algemene beleid van de groep door het goedkeuren van beleidsuitgangspunten en algemene richtlijnen, die veelal ontwikkeld zijn door de Service Companies. De implementatie van dat algemene beleid is de verantwoordelijkheid van de Operating Companies. Het bestuur van de Operating Company moet zorgen voor de implementatie van het beleid op een wijze die aansluit bij de specifieke omstandigheden van die Operating Company en die economisch verantwoord is. Het bestuur van de Operating Company is daarnaast verantwoordelijk voor de naleving van de wet- en regelgeving die op de Operating Company van toepassing is. RDS heeft zoals gezegd geen operationele controle over de CO₂-emissies van de overige Shell vennootschappen. RDS rapporteert wel over die

emissies, conform de rapportageverplichtingen die RDS als beursgenoteerde vennootschap op grond van de op haar toepasselijke Engelse wetgeving heeft.¹⁷

27. Milieudefensie c.s. stelt bij herhaling, in wisselende bewoordingen, dat RDS het "klimaatbeleid" van de Shell groep bepaalt. Dat is alleen juist voor zover dat als volgt wordt begrepen. RDS bepaalt de algemene strategische richting van de groep. Daaronder valt mede het ontwikkelen van een ambitie om te bewegen richting "*a net-zero emissions energy business by 2050 or sooner*" (april 2020). Dit is bedoeld met de opmerking in de Conclusie van Antwoord (randnummer 93) dat onder het algemeen beleid van RDS mede vallen "richtlijnen voor investeringen om de energietransitie te ondersteunen." Het realiseren van die ambitie vergt dat alle Shell vennootschappen daaraan meewerken. Doen zij dat niet, dan kan RDS dat niet in juridische zin afdwingen. Het gaat daarbij namelijk om investeringsbeslissingen die niet door RDS worden genomen en slechts in bepaalde gevallen (dat wil zeggen als het financiële belang van de investering boven een bepaalde drempel uitkomt) ter goedkeuring aan RDS worden voorgelegd. RDS beschikt ook niet over de menskracht om de desbetreffende investeringen voor te bereiden. Dat is nu juist de taak van de Service Companies, zeker als het gaat om de grotere investeringen, en van de Operating Companies van de groep. Dit betekent dat RDS de strategische richting bepaalt, maar de implementatie door de Operating Companies geschiedt. Het in juridische zin daadwerkelijk doen van investeringen, gebeurt dus niet door RDS maar door de Operating Companies.
28. Milieudefensie c.s. meent dat RDS niettemin een zorgplicht heeft om te zorgen voor de reductie van de emissies van Shell en de eindgebruikers van haar energieproducten. Thans zal nader worden toegelicht dat daarvoor geen juridische basis bestaat.

¹⁷ Te weten: Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors' Report) Regulations 2013 en Companies (Directors' Report) and Limited Liability Partnerships (Energy and Carbon Report) Regulations 2018.

3 REDENEN DIE ONGEACHT DE GRONDSLAG REEDS TOT AFWIJZING VAN DE VORDERINGEN MOETEN LEIDEN

29. Ik zal beginnen met de bespreking van vijf punten die ieder voor zich in de weg staan aan toewijzing van het gevorderde:

- (1) RDS is niet aansprakelijk voor scope 1 en 2 emissies van andere Shell vennootschappen en al helemaal niet voor scope 3 emissies;
- (2) de noodzakelijke causaliteit ontbreekt;
- (3) toewijzing van de vorderingen zal niet daadwerkelijk tot reductie van CO₂-emissies leiden;
- (4) de noodzakelijke relativiteit ontbreekt;
- (5) Milieudefensie c.s. heeft niet aangetoond dat RDS in de gehele periode van nu tot eind 2030 onrechtmatig handelt.

3.1 RDS is niet aansprakelijk voor scope 1 en 2 emissies van andere Shell vennootschappen en al helemaal niet voor scope 3 emissies

30. In het voorafgaande is al toegelicht dat RDS in juridische zin niet aansprakelijk is voor de handelingen van haar dochtermaatschappijen en feitelijk ook geen operationele controle heeft over de scope 1 en 2 emissies van andere Shell vennootschappen. De onderbouwing door Milieudefensie c.s. van het tegendeel is summier. Zij verwijst alleen naar een passage uit het rapport van de VN Special Rapporteur on Human Rights and the Environment: "The five main responsibilities of businesses specifically related to climate change are to reduce greenhouse gas emissions from their own activities and their subsidiaries".¹⁸

31. Deze uitspraak kan de stelling van Milieudefensie c.s. niet dragen. De door Milieudefensie c.s. aangehaalde passage haakt aan bij de UN Guiding Principles on Business and Human Rights ("**UN Guiding Principles**"). De Special Rapporteur zegt niet dat wat hij opmerkt een

¹⁸ Pleitnotitie 7 Milieudefensie c.s., randnummer 8, 10, 12 en 24 en productie MD-270.

juridische verplichting is, maar spreekt in navolging van de UN Guiding Principles over "*responsibilities*". Hierna zal nader worden toegelicht dat daarmee heel precies wordt uitgedrukt dat het nu juist geen juridische verplichting betreft.¹⁹

32. In lijn met het niet juridische karakter van het rapport is niet opmerkelijk dat het citaat spreekt over "*responsibilities of businesses*" voor emissies "*from their own activities and their subsidiaries*". Hiermee worden bedrijven in het algemeen aangeduid. In juridische termen gaat het dan om een concern, zoals de Shell-groep. Tegen die achtergrond kan niet eens met zekerheid worden gezegd dat de *Special Rapporteur* op het oog heeft dat nu juist de tophoudstermaatschappij "*responsible*" is voor de emissies van de groepsmaatschappijen. Het rapport gaat niet over juridische verplichtingen en de *Special Rapporteur* hoeft zich dus ook niets gelegen te laten aan het onderscheid tussen de afzonderlijke groepsmaatschappijen. Om de juridische verplichtingen van RDS vast te stellen is dat wel nodig.
33. Ook bij beoordeling van hetgeen Milieudefensie c.s. aanvoert ter onderbouwing van haar stelling dat RDS aansprakelijk zou zijn voor de scope 3 emissies, dus de emissies van de eindgebruikers van de energieproducten van Shell, blijkt dat een toereikende basis ontbreekt. Ik loop de bronnen langs die Milieudefensie c.s. noemt.
34. Ten eerste een rapport van de *Special Rapporteur*.²⁰ Milieudefensie c.s. haalt een citaat aan waarin hij in algemene termen zegt dat "*responsibilities of businesses*" zouden omvatten "*to [...] reduce greenhouse gas emissions from their products and services*".
- (a) Zoals gezegd, drukt "*responsibilities*" uit dat het geen juridische verplichting betreft.
 - (b) De bron zegt ook niets over de vraag in welke mate bedrijven emissies verbonden aan eindgebruik van hun producten

¹⁹ Zie hieronder paragraaf 5.4.

²⁰ Pleitnotitie 7 Milieudefensie c.s., randnummer 8, 10, 12 en 24 en productie MD-270.

zouden moeten terugbrengen (scope 3 emissies). Ook in zoverre is de verwijzing naar deze bron nietszeggend.

- (c) Over de vraag welke reductieverplichting zou gelden voor energiebedrijven zegt de bron ook niets. Dat is belangrijk, want de opvatting dat dit juist ook voor energiebedrijven geldt gaat heel ver. Nu CO₂-emissies voor een belangrijk deel verbonden zijn aan gedragingen van iedereen op de hele wereld bij energieverbruik, zouden de energiebedrijven letterlijk de last van de hele wereld moeten dragen als gemeend wordt dat zij – onafhankelijk van anderen – de emissies die ontstaan bij eindgebruik moeten reduceren.

35. Ten tweede een reeks bronnen waaruit ook niet blijkt dat energieproducenten als Shell in juridische zin aansprakelijk zouden zijn voor emissies door eindgebruikers. Milieudefensie c.s. noemt daar de brede initiatieven Non-State Actor Zone for Climate Action, de Climate Ambition Alliance, het Race to Zero initiatief en het Science Based Targets Initiative.²¹

- (a) Geen van die documenten drukt enige juridische verplichting uit voor "*businesses*" die daarin worden genoemd. Milieudefensie c.s. zegt zelf ook dat het gaat om een uitdrukking van "*best practices*", wat toch bepaald niet suggereert dat een harde juridische verplichting wordt uitgedrukt.²²
- (b) De bronnen ondersteunen het standpunt van RDS dat de energietransitie aanpassing van alle actoren in samenhang vergt. Er wordt gesproken over "*partnership*", "*mobilization of actors across all segments of society*".²³ En er wordt uitgelegd dat – omdat scope 3 emissies van de een de scope 1 en 2 emissies van een ander zijn – het júst een systeemvraag betreft: "[s]ince a company's scope 3 emissions often overlap with other companies' emissions, strategies to reduce scope 3

²¹ Pleitnotitie 7 Milieudefensie c.s., randnummer 13-15 en 30-33 en producties MD-285, MD-286 en MD-322.

²² Dit woord wordt gebruikt in productie MD-322.

²³ Productie MD-286.

emissions are particularly fertile ground for opportunities to identify synergies and collaborate".²⁴ In het bijzonder benadrukken de bronnen ook hoe belangrijk de keuzes zijn die eindgebruikers zelf maken bij hun keuzes om energieverbruik terug te dringen en te kiezen voor een energiebron met weinig CO₂-emissie.²⁵ Hoe Milieudefensie c.s. er dan bij komt dat (tophoudstermaatschappijen van) energiebedrijven toch zelfstandig in juridische zin aansprakelijk zijn om die gezamenlijke emissies van vele partijen terug te dringen, is een raadsel.

- (c) Mogelijke differentiatie tussen sectoren wordt ook onderstreept, een punt waarop RDS ook een aantal keren heeft gewezen om bijvoorbeeld duidelijk te maken dat sommige sectoren moeilijker emissies zullen kunnen terugbrengen (*hard to abate*)²⁶, en dat de mindere afname of zelfs groei van scope 3 emissies van een bepaalde partij of sector niet noodzakelijk slecht is voor de emissies op de wereld als totaal zoals blijkt bij de vervanging van steenkool door gas.²⁷ De door Milieudefensie c.s. aangehaalde bron zegt immers:

*"Best practices in defining scope 3 target ambition would entail setting targets that are, at a minimum, in line with the percentage reduction of absolute GHG emissions required at a global level over the target timeframe. Alternatively, the company may apply a sector-specific method"*²⁸ (onderstreping toegevoegd, advocaten).

36. En dan noemt Milieudefensie c.s. een publicatie van Oxford University.²⁹ Ook daarin staat geen aanwijzing te lezen dat er een juridische verplichting voor energiebedrijven bestaat om scope 3 emissies te verlagen in absolute en uniforme stappen zoals

²⁴ Productie MD-322, p. 5.

²⁵ Productie MD-322, p. 21.

²⁶ CvA, randnummer 57 en Pleitaantekeningen Deel I RDS, randnummer 56.

²⁷ CvA, randnummer 60, Pleitaantekeningen Deel I RDS, randnummer 46(b) en Pleitaantekeningen Feiten en vragen rechtbank RDS, randnummer 37.

²⁸ Productie MD-322, p. 6.

²⁹ Pleitnotitie 7 Milieudefensie c.s., randnummer 16-22 en 25 en productie MD-287.

Milieudefensie c.s. betoogt, integendeel. Zo noemt de publicatie het volgende.

*"Given the heterogeneity of actors setting net zero targets, no single approach or standard for net zero emissions would be appropriate or effective."*³⁰

*"There is broad consensus that achieving net zero for any actor will almost always depend to varying degrees on the actions of other actors. The interlinkages are operationalized in different ways. Net zero is a collective goal, and so cooperation between different actors is essential."*³¹

*"Another key question is how sub- and non-state actors' net zero targets relate to national policy frameworks (Alliances for Climate Action). For many cities, states, and regions, achievement of net zero may be highly contingent on national policies (RAMCC). The private sector is also often dependent on national frameworks (CDP, Fashion Charter). For this reason, some actors emphasize that actors setting net zero targets should also align or advocate for national policy frameworks that will allow them to successfully meet their targets"*³² (onderstreept toegevoegd, advocaten).

37. De bronnen die worden aangehaald door Milieudefensie c.s. laten dus één consistent beeld zien: er staat nergens dat (tophoudstermaatschappijen van) energiebedrijven individueel en in juridische zin aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de emissies door eindgebruikers van hun producten.
38. Het gebrek aan een juridische basis wordt extra duidelijk waar Milieudefensie c.s. over een ander thema begint. Zij heeft het dan "bijvoorbeeld" over scope 3 emissies "van eigendommen die door de Shell groep van andere partijen geleased zijn, de emissies verbonden aan zakenreizen van personeel van Shell en de emissies van

³⁰ Productie MD-287, p. 1.

³¹ Productie MD-287, par. 1.6.

³² Productie MD-287, par. 1.6.

ingekochte goederen en diensten door de Shell groep".³³ De bronnen beschrijven dat afnemers (in dit betoog van Milieudefensie c.s.: Shell) in zekere mate druk kunnen uitoefenen op hun toeleveranciers (in dit betoog van Milieudefensie c.s. bijvoorbeeld luchtvaartmaatschappijen). Zo hebben afnemers volgens Milieudefensie c.s. invloed op emissies van hun toeleveranciers. Maar het leeuwendeel van wat zij met haar vorderingen uiteindelijk wil bereiken is duidelijk iets anders, namelijk via (de tophoudstermaatschappij van) een energiebedrijf reductie emissies van afnemers/eindgebruikers afdwingen.

39. Als beter wordt nagedacht over wat Milieudefensie c.s. hier eigenlijk zegt, dan blijkt dat niet het standpunt van Milieudefensie c.s., maar het standpunt van RDS wordt ondersteund. De nadruk die Milieudefensie c.s. legt op de mogelijkheid van klanten om hun toeleveranciers te dwingen om bepaalde maatregelen te nemen, onderstreept dat klanten een keuze hebben. Klanten van Shell, eindgebruikers van energieproducten, hebben inderdaad een keuze. Zij kunnen kiezen voor bijvoorbeeld een elektrische auto of een waterstofauto, en Shell neemt initiatieven om ook dan in hun vraag te voorzien. Maar zónder de klantkeuze kan het niet; Shell alleen kan niet de energietransitie bewerkstelligen.
40. Blijft over de hele algemene notie die Milieudefensie c.s. aanvoert om de aansprakelijkheid van RDS voor scope 3 emissies te bepleiten. Dat is de volgende:³⁴

"Het is ook de meest basale logica dat de zes olie- en gasbedrijven die controle over scope 3 emissies hebben omdat ieder bedrijf zelfstandig en in vrije wil bepaalt hoeveel fossiele brandstoffen het wenst te verkopen. [...] Dat RDS volledige en totale controle heeft over de scope 3 emissies van de energieproducten die ze verkoopt, kan dus niet ter discussie staan."

³³ Pleitnotitie 7 Milieudefensie c.s., randnummer 11, 28 en 36-39.

³⁴ Pleitnotitie 7 Milieudefensie c.s., randnummer 7.

41. Ook deze stellingname is ontoereikend. RDS "verkoopt" geen energieproducten, dat doen de desbetreffende Operating Companies. Voor hen geldt inderdaad dat, afgezien van contractuele leveringsverplichtingen, zij in theorie kunnen besluiten om minder te verkopen. Maar waarom daaruit zou volgen dat RDS aansprakelijk is voor de scope 3 emissies van de eindgebruikers, is daarmee niet verklaard. Daar is ook geen verklaring voor, en in ieder geval geen verklaring die bij de beoordeling van de juridische aansprakelijkheid van RDS gewicht in de schaal werpt.

3.2 De noodzakelijke causaliteit ontbreekt

42. Milieudefensie c.s. erkent volmondig dat de emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten niet "*op zichzelf tot het beschreven gevaar leiden*" en "*niet allesbepalend zijn in de veroorzaking van het klimaatprobleem*".³⁵ Vast staat dus dat het gevaar dat Milieudefensie c.s. in deze zaak aan de orde stelt – het risico op gevaarlijke klimaatverandering – niet door RDS wordt veroorzaakt, zelfs niet als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten aan RDS kunnen worden toegerekend. Milieudefensie c.s. dicht RDS desondanks een *gedeeltelijke* verantwoordelijkheid toe. Milieudefensie c.s. stelt dat de CO₂-emissies van Shell en de eindgebruikers van Shell producten een "*niet-verwaarloosbare en zelfs substantiële bijdrage leveren aan de toename van de CO₂-concentratie in de atmosfeer*".³⁶ Volgens Milieudefensie c.s. volgt uit de Urgenda-zaak en het Kalimijnenarrest dat in situaties zoals deze, maatregelen moeten worden getroffen ter vermindering van het bestreden gevaar.³⁷
43. Dit betoog gaat niet op. In de Urgenda-zaak ging het om emissies in Nederland die door de Staat moeten en ook daadwerkelijk kunnen worden teruggebracht. De Staat heeft immers onder meer het middel van wet- en regelgeving om de uitstoot van emissies van eenieder op zijn territorium te beheersen. Die macht heeft RDS niet. Om die reden ontbreekt het *condicio sine qua non*-verband tussen het beweerd

³⁵ Dagvaarding, randnummer 509 en 644.

³⁶ Dagvaarding, randnummer 509.

³⁷ Dagvaarding, randnummer 642-644.

onrechtmatige handelen van RDS en het risico op een gevaarlijke klimaatverandering. Zoals hierna wordt toegelicht, zal toewijzing van de vorderingen niet daadwerkelijk tot reductie van CO₂-emissies leiden. Evenzo, zou er zonder het aan RDS verweten gedrag geen sprake zijn geweest van minder CO₂-emissies. Dat geldt voor de scope 3 emissies. De eindgebruikers van de energieproducten van Shell, zouden de energieproducten van een andere aanbieder hebben afgenomen als die producten niet door Shell waren aangeboden. Daarmee zouden de scope 1 en 2 emissies van Shell de emissies van andere aanbieders zijn geweest. Dat geldt in ieder geval voor de periode vanaf 2005, toen RDS aan het hoofd van de Shell groep kwam te staan. Wat daarvoor zou zijn gebeurd, is voor de beoordeling van de vorderingen tegen RDS niet relevant. Ten onrechte stelt Milieudefensie c.s. dat de gedragingen van RDS "evident" in een causale relatie met de opwarming van de aarde staan.³⁸ De causale relatie ontbreekt in het geheel.

44. Milieudefensie c.s. stelt dat zij RDS aanspreekt op een deelverantwoordelijkheid in het veroorzaken van gevaarlijke klimaatverandering, op vergelijkbare wijze als de Nederlandse Staat daarop zou zijn aangesproken in de Urgenda zaak.³⁹ De vergelijking die Milieudefensie c.s. maakt met de Urgenda zaak gaat echter niet op.
45. De Hoge Raad oordeelde in Urgenda dat de Staat op grond van art. 2 en 8 EVRM verplicht is om "het zijne" te doen om gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen, ook al betreft het een mondiaal probleem.⁴⁰ Naar het oordeel van de Hoge Raad vloeit deze deelverantwoordelijkheid van de Staat voort uit het VN-Klimaatverdrag, de diverse besluiten van de *Conference of the Parties* in de jaarlijkse klimaatconferenties op grond van het VN-Klimaatverdrag, en het algemeen aanvaarde beginsel van internationaal recht dat landen elkaar geen schade mogen berokkenen (het "no harm"-beginsel), waarnaar in de preambule van het VN-Klimaatverdrag ook wordt verwezen. Deze

³⁸ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 49.

³⁹ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 100.

⁴⁰ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda/Staat*), r.o. 5.7.1.

deelverantwoordelijkheid brengt volgens de Hoge Raad immers mee dat ieder land effectief kan worden aangesproken op zijn aandeel in de uitstoot van broeikasgassen. Daarmee is de kans het grootst dat alle landen ook daadwerkelijk hun bijdrage leveren, dit overeenkomstig de beginselen die zijn neergelegd in de preambule van het VN-Klimaatverdrag.⁴¹

46. De overwegingen van de Hoge Raad in de Urgenda-zaak kunnen niet worden toegepast op RDS. De Hoge Raad sluit voor de verplichting van de Nederlandse Staat om "het zijne" te doen, en meer algemeen de verplichting van staten om "het hunne" te doen, uitdrukkelijk aan bij de specifieke beginselen van het VN-Klimaatverdrag en de verwijzing daarin naar het "no harm"-beginsel. Staten hebben op grond daarvan een individuele deelverantwoordelijkheid voor hun bijdrage in de wereldwijde emissiereductie. De Staat heeft zichzelf dus via het VN-Klimaatverdrag daartoe verbonden. De overwegingen van de Hoge Raad dat omtrent de deelverantwoordelijkheid van de Staat moet tegen deze achtergrond worden begrepen.
47. RDS is geen partij bij het VN-klimaatverdrag. De deelverantwoordelijkheid die volgens de Hoge Raad op de zojuist genoemde gronden op de Staat rust, kan dus niet voor RDS gelden.
48. Milieudefensie c.s. meent dat RDS zich op grond van het Kalimijnen-arrest niet kan verweren door te wijzen op haar geringe aandeel in de totale mondiale uitstoot van CO₂. Milieudefensie c.s. miskent dat het in de desbetreffende overweging van de Hoge Raad in het Kalimijnen-arrest om een andere vraag ging, namelijk de vraag naar voldoende causaal verband in het kader van beoordeling van een vordering tot schadevergoeding. Bij die overweging gaat het dus niet om de vraag naar de onrechtmatigheid. In deze zaak gaat wel om de vraag de vraag of de emissies waarvoor RDS aansprakelijk wordt gehouden, in die mate bijdragen aan het ontstaan van het risico van gevaarlijke klimaatverandering dat RDS mede daarom onrechtmatig handelt. Dit wordt niet anders doordat de Hoge Raad in voetnoot 35 van het Urgenda-arrest naar het Kalimijnen-arrest verwijst.⁴² Die voetnoot

⁴¹ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda/Staat*), r.o. 5.7.7.

⁴² Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 100.

hoort bij de hele algemene overweging: "*Veel landen kennen in hun aansprakelijkheidsrecht regels die hiermee overeenstemmen.*" De Hoge Raad heeft deelverantwoordelijkheid van de Staat niet aangenomen op grond van deze overweging, maar zoals gezegd op grond van een nauwkeurige analyse van de verplichtingen van de Staat onder het VN-Klimaatverdrag.

49. Milieudefensie c.s. stelt dat uit de Urgenda-zaak volgt dat het verweer dat een plicht tot emissiereductie niet helpt omdat andere landen toch doorgaan met hun uitstoot, niet opgaat omdat geen enkele reductie verwaarloosbaar zou zijn.⁴³ Die stelling mist doel. Allereerst geldt zoals gezegd de deelverantwoordelijkheid die volgens de Hoge Raad op de Staat rust, niet voor RDS. Daarnaast is van belang dat de Staat, zo had zij in de Urgenda zaak zelf ook erkend, daadwerkelijk een emissiereductie kan bewerkstelligen (op haar eigen grondgebied). RDS kan geen emissiereductie van derden bewerkstelligen. Het is dus ook niet zo dat een gebod tot emissiereductie tot gevolg zal hebben dat 1,2% van de totale mondiale emissies over 10 jaar met 45% zal zijn verminderd.⁴⁴
50. Milieudefensie c.s. stelt ook dat de uitspraak van de het Amerikaanse Hooggerechtshof in *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* de argumentatie van de Hoge Raad kracht zou bijzetten en zou laten zien dat het om principiële redenen juist is dat RDS voor "haar aandeel" kan worden aangesproken.⁴⁵ RDS heeft in de conclusie van antwoord al uitgelegd dat het beroep op die zaak om meerdere redenen niet opgaat, waaronder dat die zaak geen betrekking had op causaliteit bij onrechtmatig handelen: niet in het algemeen en niet in deze zaak.⁴⁶

3.3 Toewijzing van de vorderingen zal niet daadwerkelijk tot reductie van CO₂-emissies leiden

51. Als de vorderingen van Milieudefensie c.s. zouden worden toegewezen, dan moet RDS ervoor zorgen dat de activiteiten van de

⁴³ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 44.

⁴⁴ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 43.

⁴⁵ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 45-46.

⁴⁶ CvA, voetnoot 577.

Shell groep die CO₂-emissies veroorzaken (gedeeltelijk) worden gestaakt. Deze activiteiten zullen moeten worden afgestoten of de rechten om bijvoorbeeld olie- en gasvelden te produceren (zoals concessies en winningsvergunningen) moeten worden teruggegeven aan de bevoegde autoriteiten. In beide gevallen zullen de activiteiten van Shell worden voortgezet door de partijen waaraan Shell die activiteiten overdraagt, of de betrokken overheden het recht geven om die activiteiten voort te zetten. De consequentie daarvan is dat de productieactiviteiten van de Shell groep zullen worden voortgezet maar dan door andere partijen. Het aanbod van en de vraag naar olie en gas verandert daardoor dus niet. Hetzelfde geldt voor de CO₂-emissies van eindgebruikers van energieproducten die Shell verkoopt. De mondiale uitstoot van CO₂-emissies zal daardoor niet afnemen.

52. De mondiale uitstoot van CO₂ zal evenmin afnemen in het – hypothetische – geval dat Shell haar productie (deels) beëindigt maar de activiteiten niet door anderen worden voortgezet. Om aan de vraag naar olie en gas te voldoen, zullen andere aanbieders uit de door hen geproduceerde velden meer olie en gas produceren of nieuwe velden aanboren. Omdat ook in deze hypothetische situatie aan de toenemende mondiale vraag naar olie en gas zal blijven worden voldaan, zullen eindgebruikers van deze brandstoffen evenveel CO₂-emissies blijven uitstoten en zal de mondiale uitstoot van CO₂-emissies niet afnemen.
53. Het toewijzen van de vorderingen van Milieudefensie c.s. heeft dan ook geen positief effect op de mondiale uitstoot van CO₂-emissies.
54. Dat dit geen theorie maar praktijk is, heeft RDS al eerder laten zien onder verwijzing naar het door Milieudefensie c.s. zelf aangehaalde voorbeeld van Ørsted.⁴⁷ Toen Ørsted haar activiteiten op het gebied van olie en gas afstootte, werden die de activiteiten door een ander concern (Ineos) voortgezet. Deze conclusies worden verder bevestigd door het rapport dat onder leiding van professor Machiel Mulder, hoogleraar Regulering van Energiemarkten aan de Rijksuniversiteit Groningen, is opgesteld en dat RDS als Productie RK-35 in het geding

⁴⁷ CvA, randnummer 79(c).

heeft gebracht.⁴⁸ Professor Mulder heeft onderzoek verricht naar de vraag in hoeverre het beëindigen van de winning van olie en gas door een enkel energiebedrijf – in dit geval Shell – bijdraagt aan het beperken van de mondiale uitstoot van CO₂-emissies.

55. Professor Mulder constateert dat Shell in een groot aantal landen actief is. In de meeste van deze landen is naast Shell een groot aantal (veelal tientallen) bedrijven betrokken bij de olie- en/of gaswinning, terwijl wereldwijd honderden bedrijven in deze bedrijfstak actief zijn. Uit het onderzoek blijkt kort gezegd dat (via verkoop) vergunningen frequent tussen bedrijven worden uitgewisseld, maar ook dat frequent vergunningen worden beëindigd, verlengd en opnieuw verleend.
56. Professor Mulder concludeert daarom dat als Shell gedwongen zou worden haar activiteiten in de olie- en gaswinning te verminderen het voor de hand ligt dat Shell haar bestaande vergunningen (of participaties daarin) aan andere ondernemingen overdraagt of dat Shell deze aan de betrokken overheid teruggeeft. Overheden van landen met olie- en gasreserves hebben over het algemeen als doelstelling om zoveel mogelijk financiële opbrengsten daaruit te halen. Dat geldt blijkens het onderzoek ook voor de landen waar Shell actief is. Op grond hiervan mag volgens professor Mulder verwacht worden dat als Shell haar productie gedwongen vermindert en haar vergunningen niet aan andere partijen kan overdragen, de overheden de vergunningen zullen annuleren, om andere bedrijven de gelegenheid te bieden de activiteiten over te nemen. In beide situaties gaan de vergunningen van Shell over naar andere partijen, en zal de productie van olie en aardgas ongewijzigd blijven, en dus ook de daaraan verbonden CO₂-emissies.
57. Daarnaast staat professor Mulder stil bij het scenario waarin Shell haar vergunningen niet aan andere bedrijven verkoopt en overheden geen andere partijen vragen om de activiteiten van Shell over te nemen. Dat zou betekenen dat de reserves waar Shell nu over beschikt aan de mondiale markten zouden worden onttrokken. Deze terugval in productie door Shell zou momenteel maximaal 2% van het wereldwijde verbruik belopen. Professor Mulder wijst op abrupte

⁴⁸ **Productie RK-35**, het Mulder-rapport.

verstoringen in het aanbod van olie of gas die zich in het verleden hebben voorgedaan, zoals na de revolutie in Iran en na inval van Irak in Koeweit, waarbij gedurende een aantal jaren 4 tot 6% van het wereldwijde verbruik aan de markt werd onttrokken. Die afname in het aanbod heeft echter niet geleid tot een vermindering van de mondiale productie, omdat andere producenten in staat bleken te zijn om snel hun productie op te voeren. Gezien dergelijke ervaringen in de olie- en gasmarkten met plotselinge omvangrijke vermindering van productie door/in enkele landen, kan volgens professor Mulder verwacht worden dat een daling in de productie van enkele procenten geen effect zal hebben op het wereldwijde verbruik. Dit komt omdat de mondiale olie- en gasmarkten zo werken dat andere producenten (economisch) geprikkeld zullen zijn om die terugval in productie te compenseren. Dit effect zal zich nog sterker voordoen omdat de beoogde vermindering in productie door Shell zich over de periode tot 2030 zou uitstrekken. Daardoor hebben andere marktpartijen alle tijd daarop te anticiperen en hun productiecapaciteit uit te breiden of de productie van bestaande velden op te voeren. Dat kan, omdat er mondiaal nog aanzienlijke olie- en gasreserves bestaan, waarbij het aandeel van Shell in de huidige mondiale reserves van olie (0,25%) en gas (0,5%) gering is.

58. Tijdens de vorige zittingsdag heeft Milieudefensie c.s. op verschillende punten de conclusie van professor Mulder bestreden dat een gebod op Shell om de productie van olie en gas te verminderen geen effect zal hebben op het wereldwijde verbruik van fossiele brandstoffen. Dit heeft zij gedaan onder meer onder verwijzing naar een notitie met kritiek van Peter Erickson op het Mulder-rapport.⁴⁹ RDS zal de punten van Milieudefensie c.s. langslopen en aantonen dat deze kritiek niet opgaat. Daarbij verwijst RDS onder meer naar de notitie van Professor Mulder, overgelegd als Productie RK-37, waarin hij de – in zijn woorden: "*summier*" – kritiek van Erickson (en dus ook Milieudefensie c.s.) heeft weerlegd.
59. Ten eerste stelt Milieudefensie c.s. dat een "*perfecte substitutie*" niet zal plaatsvinden omdat een productiebeperking wel degelijk effect zou

⁴⁹ Productie MD-337.

hebben. Milieudefensie stelt dat "*zodra er minder wordt geproduceerd [...] er minder van een goed beschikbaar komt*" en daardoor "*de prijs van een goed omhoog gaat*" waardoor er minder wordt geconsumeerd.⁵⁰ Dat zouden volgens Milieudefensie c.s. "*de basic economics van supply and demand*" zijn.⁵¹

60. Milieudefensie c.s. gaat met deze stelling echter volledig voorbij aan de kern van het rapport van professor Mulder, namelijk dat de activiteiten van Shell bij een eventuele gedwongen (gedeeltelijke) beëindiging zullen worden overgenomen door andere partijen. Het beperken van de productie van Shell leidt er dus niet toe dat er minder olie en gas zal worden gewonnen, maar alleen dat *Shell* minder olie en gas zal winnen. De prijs van olie en gas zal bij een (gedeeltelijke) beëindiging van de productie van Shell dan ook niet stijgen en – belangrijker – de consumptie zal ook niet afnemen.
61. Tegen deze bevindingen wordt – onder verwijzing naar Erickson – slechts op een drietal punten kritiek geleverd door Milieudefensie c.s. Professor Mulder heeft in zijn notitie toegelicht dat deze kritiek onjuist is.
- (a) Allereerst geldt dat het onjuist is dat als Shell haar vergunningen zou teruggeven aan overheden, overheden deze vergunningen niet opnieuw zullen uitgeven aan andere partijen.⁵² Zoals professor Mulder in zijn rapport heeft toegelicht, hebben landen een financieel belang bij exploitatie van olie- en gasreserves. Het ligt dan ook niet in de lijn der verwachting dat overheden zullen stoppen met het uitgeven van vergunningen voor het winnen van olie of gas.⁵³ Milieudefensie c.s. (en Erickson) hebben dit ook niet aangetoond. Erickson verwijst slechts naar een aantal voorbeelden waaruit niet kan worden afgeleid dat dat het geval is. Erickson en Milieudefensie c.s. wijzen bijvoorbeeld specifiek naar het recente bericht dat de Deense overheid stopt met het uitgeven van toekomstige winningsvergunningen. De

50 Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 56.

51 Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 56.

52 Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 69.

53 **Productie RK-37**, p. 8.

verklaring daarvoor is niet zozeer gelegen in de wens van de Deense overheid, maar vooral de omstandigheid dat bedrijven geen interesse meer hadden in een vergunning. Professor Mulder schrijft hierover: "*Kennelijk zijn de kosten van oliewinning in het Deense continentale plat te hoog voor bedrijven om daarvoor nieuwe vergunningen aan te vragen.*"⁵⁴

- (b) Daarnaast is het onjuist dat andere olie- en gasbedrijven niet in staat zijn om tegen dezelfde kostprijs als Shell olie en gas te produceren.⁵⁵ De stelling dat Shell een relatief lage kostprijs zou hebben, is slechts gebaseerd op één publicatie waaruit bovendien blijkt dat andere producenten een lagere kostprijs hebben. Los daarvan geldt dat de kosten waartegen een bedrijf een olie- of gasveld exploiteert in principe geen invloed hebben op de olie- en gasprijzen. De olie- en gasprijzen worden namelijk bepaald door de productiekosten van de duurste velden, zoals schalieolievelden. Alle andere velden kunnen worden geproduceerd tegen lagere kosten. De producenten van die velden maken dan ook (meer) winst. Als – in het hypothetische geval – de productiekosten van deze velden omhoog zouden gaan, dan stijgen de olie- of gasprijzen dus niet maar gaat dit alleen ten koste van de winst van de aanbieder.⁵⁶
- (c) Tot slot is het onjuist dat van toewijzing van de door Milieudefensie c.s. gevorderde emissiereductie een breder effect uitgaat op de risicoperceptie bij investeerders en het investeringsklimaat voor olie en gas. Dit zou volgens Milieudefensie c.s. tot hogere kosten en tot lagere consumptie van olie en gas leiden.⁵⁷ Zoals professor Mulder aangeeft is wat Erickson hierover stelt "*in hoge mate speculatief*" en slechts gebaseerd op impliciete aannames die hij (of Milieudefensie c.s.) niet heeft onderbouwd. En zelfs als deze stelling waar zou zijn en een eventuele toewijzing van de

⁵⁴ **Productie RK-37**, p. 8.

⁵⁵ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 70.

⁵⁶ **Productie RK-37**, p. 7.

⁵⁷ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 71.

vorderingen van Milieudefensie c.s. zouden leiden tot hogere kosten, dan is het maar de vraag of dit ook geldt voor producenten in andere delen van de wereld waar niet dergelijke juridische of reputatierisico's zouden zijn. Deze producenten zouden in dat geval hun productie in stand kunnen houden waarmee ook de olie- en gasprijzen gelijk kunnen blijven.⁵⁸ Bovendien leiden – zoals gezegd – hogere productiekosten niet (automatisch) tot hogere olie- of gasprijzen.

62. Ten tweede bestrijdt Milieudefensie c.s. de conclusie van professor Mulder dat, als veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat een productiebeperking van Shell ertoe leidt dat olie- en gasreserves die Shell op dit moment onder zich heeft niet zullen worden gewonnen, dit niet leidt tot een lagere olie- en gasconsumptie. Volgens Milieudefensie c.s. zou een afname van het aanbod leiden tot minder vraag en dus ook tot minder verbruik. Milieudefensie c.s. en Erickson onderbouwen deze stelling op meerdere plekken met een ander onderzoek van Erickson (Productie MD-313).⁵⁹ Uit dit onderzoek zou volgen dat: "*for each barrel of oil left undeveloped due to a supply restriction, net global oil consumption will be reduced by 0.2 to 0.6 barrels over the long term*".⁶⁰
63. Milieudefensie c.s. miskent echter dat dit onderzoek, net als de onderzoeken waarnaar Milieudefensie in randnummers 63-65 van haar pleitnotitie 8 heeft verwezen, alleen zag op het effect van het beperken van het aanbod van olie vanuit de overheid voor een gehele markt en niet op het beperken van het aanbod van één enkele private partij die slechts een relatief klein aandeel in de mondiale reserves aan olie en gas heeft.⁶¹ Alleen al om die reden laten de bevindingen uit deze onderzoeken zich niet op deze zaak toepassen.
64. Belangrijker nog is dat het onderzoek van Erickson waaraan Milieudefensie c.s. refereert, theoretisch van aard is en uitgaat van veronderstellingen die niet stroken met de werkelijkheid. Zo gaat het

⁵⁸ **Productie RK-37**, p. 8-9.

⁵⁹ Zie Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 59, 62 en 66.

⁶⁰ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 59. Het citaat dat hier is opgenomen is afkomstig uit de notitie van Erickson (Productie MD-337), p. 3.

⁶¹ **Productie RK-35**, het Mulder-rapport, p. 75.

onderzoek uit van de aanname dat als de prijs van olie toeneemt, het aanbod van olie *niet* zal toenemen. Professor Mulder geeft aan dat deze veronderstelling "*ver af [staat] van hoe de oliemarkt tot dusverre heeft gefunctioneerd*".⁶² Hij geeft aan dat hogere olieprijzen in het verleden altijd hebben geleid tot meer exploratie- en productieactiviteit aan de aanbodzijde. De reden daarvoor is volgens professor Mulder dat partijen geprikkeld zullen worden om nieuwe velden aan te boren of de productie van bestaande velden uit te breiden als de prijs van olie (of gas) toeneemt. Ook is een hoge prijs een "*prikkel om niet-conventionele methoden voor olie- en gaswinning (zoals schalie- en teerzand olie) te ontwikkelen en toe te passen, zoals we de afgelopen jaren hebben gezien*".⁶³ Hierdoor neemt het aanbod van olie of gas toe waardoor op langere termijn de olie- of gasprijzen weer zullen dalen. De veronderstelling waarop het onderzoek van Erickson is gebaseerd, is dan ook niet realistisch. Op basis van dat onderzoek is dus niet vol te houden dat elk vat olie dat niet wordt gewonnen op lange termijn zou leiden tot een reductie in het verbruik van 0,2 tot 0,6 vaten olie.

65. Tot slot stelt Milieudefensie c.s. – onder verwijzing naar de notitie van Erickson – nog dat de conclusies uit het Mulder-rapport niet wetenschappelijk verantwoord zouden zijn, onder meer omdat professor Mulder zou hebben verzuimd "*een wetenschappelijk vergelijk te maken tussen enerzijds de situatie van prijsontwikkeling zonder productiebeperkende maatregelen en anderzijds de situatie van prijsontwikkeling met productiebeperkende maatregelen*".⁶⁴ Deze kritiek is onjuist. Allereerst geldt dat de conclusies uit het Mulder-rapport zijn gebaseerd op feitelijke observaties van hoe olie- en gasmarkten daadwerkelijk functioneren.⁶⁵ De bevindingen uit het rapport van Erickson (Productie MD-313) waaraan Milieudefensie c.s. refereert, zijn daarentegen slechts gebaseerd op "*storylines*".⁶⁶ Met andere woorden: hypothetische scenario's. Verder geldt dat professor Mulder daarnaast ook een wetenschappelijke analyse heeft verricht. Hij heeft vergeleken wat de Nederlandse gasprijzen zou zijn in zowel de

62 **Productie RK-37**, p. 6.

63 **Productie RK-37**, p. 2.

64 Pleitnota 8 Milieudefensie c.s., randnummer 67.

65 **Productie RK-37**, p. 1.

66 Productie MD-313, p. 32.

situatie met als in de situatie zonder de beperking van de gaswinning in het Groningenveld. Uit deze analyse volgde dat, hoewel het Groningenveld tot de grootste gasvelden in Europa behoort, een aanzienlijke beperking van de gasproductie vanwege de aardbevingsproblematiek geen effect heeft gehad op de Nederlandse gasprijs.

66. Het commentaar van Erickson probeert dus zonder goede grond af te dingen op de conclusies van professor Mulder.⁶⁷

3.4 Relativiteit ontbreekt

67. Het volgende punt is dat, zoals toegelicht in de CvA,⁶⁸ niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste. Vandaag maakt RDS nog twee opmerkingen daarover. De eerste gaat over het petitum. De tweede gaat over het "in pari delicto"-verweer.

68. Ten eerste: Milieudefensie c.s. vordert in deze procedure verklaringen voor recht dat RDS "jegens eisers" onrechtmatig handelt. Daarmee miskent Milieudefensie c.s. het karakter van de rechtsvorderingen die de NGO's kunnen instellen op de voet van art. 3:305a BW. De NGO's procederen op eigen naam, maar in het belang van degenen voor wie zij opkomen. In deze procedure kan dus geen verklaring voor recht worden toegewezen dat RDS *jegens* de NGO's onrechtmatig handelt. Dat zou alleen kunnen als de NGO's de vorderingen namens zichzelf, en dus niet op grond van art. 3:305a BW zouden hebben ingesteld.

69. Ten tweede: Milieudefensie c.s. stelt dat het relativiteitsverweer van RDS niet kan slagen, gelet op de bijzondere aard van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm die in het geding is.⁶⁹ De positie van RDS zou een bijzondere zijn en daarmee onvergelijkbaar met de eisende NGO's en individuele burgers.⁷⁰

70. Opnieuw miskent Milieudefensie c.s. de aard van de collectieve actie. Het relativiteitsverweer van RDS houdt in dat het verwijt dat

⁶⁷ Productie RK-37, p. 9.

⁶⁸ CvA, onderdeel 7.5.

⁶⁹ Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 101.

⁷⁰ *Ibid*, randnummer 102.

Milieudefensie c.s. aan RDS maakt, in dezelfde mate geldt voor degenen wiens belangen de NGO's in deze zaak behartigen. Dat is het algemene belang, in de zin van het belang van alle natuurlijke en rechtspersonen op aarde, subsidiair in Nederland. Het is geen goed antwoord daarop te zeggen dat RDS een andere positie heeft dan de eisers in deze zaak. Nog daargelaten dat ook de NGO's en de individuele eisers CO₂ uitstoten, gaat het erom dat als de NGO's kunnen worden ontvangen in hun collectieve actie, het relativiteitsverweer van RDS moet worden beoordeeld in het licht van het algemene belang waarvoor de NGO's opkomen.

71. De kern van het "in pari delicto" verweer is het volgende. RDS zou volgens Milieudefensie c.s. onrechtmatig handelen vanwege haar bijzondere positie. Als dat juist zou zijn, hetgeen RDS bestrijdt, dan geldt hetzelfde voor de achterban van de NGO's, te weten primair de wereldbevolking, subsidiair de Nederlandse bevolking. Het valt niet vol te houden dat op RDS een zwaardere zorgplicht rust in verband met het risico van gevaarlijke klimaatverandering dan op de rest van de wereld, of zelfs dan op heel Nederland. Voor zover Milieudefensie c.s. daar tegenin brengt dat in dit kader beoordeeld moet worden of "de burgers" c.q. "een willekeurige eiser" aan deze criteria voldoet,⁷¹ en in zoverre dezelfde norm heeft geschonden als RDS, is dat onjuist. Dat zou namelijk het volgende betekenen. Het gedrag van RDS zou dan worden beoordeeld in het licht van de belangen van de hele wereldbevolking, subsidiair van de bevolking van Nederland. Tegelijkertijd zou het 'in pari delicto'-verweer worden beoordeeld in het licht van het gedrag bezien op het niveau van één individuele burger. Dat gaat niet samen.

3.5 Om vorderingen te kunnen toewijzen moet vaststaan dat de litigieuze CO₂-emissies steeds onrechtmatig zijn, en dat is niet het geval

72. Milieudefensie c.s. stelt dat RDS onrechtmatig handelt als RDS de huidige emissies die Milieudefensie c.s. aan RDS toerekent, niet reduceert. Milieudefensie c.s. vordert dat RDS wordt bevolen om uiterlijk over tien jaar, in 2030, de volgens Milieudefensie c.s. aan haar

⁷¹ Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 102.

activiteiten verbonden emissies met 25% tot 45% te beperken. RDS merkt op dat zij de eis (zoals gewijzigd) zo begrijpt dat Milieudefensie c.s. bedoelt dat het handelen van RDS op dit moment onrechtmatig zou zijn, *omdat* RDS niet het beleid voert dat RDS volgens Milieudefensie c.s. zou moeten voeren.⁷² Voor zover dat anders zou zijn, constateert RDS dat Milieudefensie c.s. niet heeft toegelicht waarom de huidige emissies die Milieudefensie c.s. aan haar toerekent onrechtmatig zouden zijn, mede gezien het feit dat die CO₂-emissies wereldwijd op dit moment zijn toegestaan.

73. Milieudefensie c.s. doet voorkomen alsof sprake zou zijn van een statische situatie waarbij alleen het handelen van RDS relevant zou zijn, maar dat is natuurlijk niet het geval. Het risico op klimaatverandering is de consequentie van het huidige en toekomstige handelen van de samenleving als geheel. RDS opereert niet in een vacuüm en er zijn heel veel actoren in de wereld die elkaars handelen - en dus ook CO₂-uitstoot – beïnvloeden. Op dit moment valt niet te zeggen hoe de uitstoot van CO₂ zich zal ontwikkelen en dus ook niet wat nu, over een jaar of eind 2030 wel of niet toelaatbaar is als het gaat om de uitstoot van CO₂ door de Shell vennootschappen en de eindgebruikers van hun energieproducten. De samenleving zal vanaf dit moment nog vele ontwikkelingen doormaken die op dit moment niet te voorspellen zijn, beïnvloed door onder meer de (mondiale) politiek. De aankomend president van de Verenigde Staten heeft bijvoorbeeld aangekondigd dat de Verenigde Staten weer zullen toetreden tot de Overeenkomst van Parijs, waar de Verenigde Staten onder de zittende president juist uit de Overeenkomst waren teruggetreden. Ook is het nog onbekend welke maatregelen in de nabije en verdere toekomst nog of alsnog nodig zijn om klimaatverandering te bestrijden. Ook ligt in de rede dat overheden tegen die tijd verdere maatregelen hebben getroffen en de uitstoot van CO₂ verder hebben gereguleerd. Denk bijvoorbeeld over de aangekondigde aanscherping van het Europese ETS, waaraan RDS hierna nog verder aandacht zal besteden. Het valt dan ook niet te voorspellen welk handelen met betrekking tot klimaatverandering in 2030 wel of niet toelaatbaar is: niet voor de wereld of de Nederlandse samenleving als geheel en niet voor

⁷² Zie ook Akte Toelichting Eiswijziging Petitem Onderdeel 1a, randnummer 8-10.

individuele partijen als RDS of Milieudefensie c.s. Milieudefensie c.s. heeft daarmee niet onderbouwd dat RDS in 2030, of op enig moment daarvoor, onrechtmatig handelt door op dat moment niet de aan haar toegerekende emissies beperkt te hebben zoals door Milieudefensie c.s. gevorderd.

74. Dat moet leiden tot afwijzing van de vorderingen. Immers heeft de Hoge Raad in het kernwapenarrest beslist dat bij een verklaring voor recht over vermeend onrechtmatig handelen in de toekomst "*zal moeten worden getoetst of zij op zodanig wijze zijn geformuleerd dat in alle daardoor bestreken gevallen sprake is van onrechtmatigheid*" en dat "*[i]ndien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarvan in dit geding wordt gevorderd deze verboden te verklaren, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven*".⁷³ Het toepassingsbereik van die regel is breed en ziet niet alleen op zaken als een vordering tegen de Staat over kernwapens, maar ook op vorderingen terzake van software zoals in de CvA opgemerkt⁷⁴, en recent verwees A-G Wissink er ook naar in een zaak over financiële dienstverlening.⁷⁵ De vordering is dus te breed omschreven. Op voorhand kan niet worden vastgesteld dat de emissies ten aanzien waarvan Milieudefensie c.s. een verklaring voor recht vordert dat die onrechtmatig zijn en gereduceerd moeten worden (petitum sub 1), dan wel ten aanzien waarvan Milieudefensie c.s. een gebod vordert die te beperken of te doen beperken (petitum sub 2), inderdaad niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn.

⁷³ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693 (*Kernwapens*), r.o. 3.3.

⁷⁴ CvA, randnummer 444.

⁷⁵ Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:1429, nr. 5.10.1. Op een ander onderdeel concludeerde de A-G wel tot vernietiging, maar de Hoge Raad volgde de A-G op dat andere punt niet, dat los staat van het hier bedoelde punt. Zie HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590.

4 GEEN ONRECHTMATIGE GEVAARZETTING DUS GEEN ZORGPLICHT OP GROND VAN KELDERLUIKFACTOREN

4.1 Geen – onrechtmatige – gevaarzetting als gevolg van handelen RDS

75. De basis voor de vorderingen van Milieudefensie c.s. is in de eerste plaats dat het handelen van RDS onrechtmatige gevaarzetting zou opleveren. Dat is niet het geval, en dat zal ik toelichten aan de hand van ieder van de vier Kelderluikfactoren, te weten (1) de kans op schade, (2) de aard en ernst van de eventuele schade, (3) de aard van de gedraging (inclusief het nut van de activiteit of het doel dat ermee wordt nagestreefd) en (4) de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.

(1) De kans op schade, inclusief de mate van waarschijnlijkheid dat potentiële schadelijders niet de vereiste oplettendheid en zorgvuldigheid zullen betrachten

76. Bij de toepassing van de Kelderluikfactoren moet worden gekeken naar de kans dat een concreet gevaar in het leven wordt geroepen als gevolg van de activiteiten van RDS en dat daaruit schade ontstaat. Met andere woorden: er moet een verband zijn tussen het door Milieudefensie c.s. gestelde gevaar en de gedragingen van RDS die dat gevaar zouden veroorzaken. Milieudefensie c.s. heeft dat verband niet aangetoond. Sterker nog: Milieudefensie c.s. meent dat zij dat niet hoeft aan te tonen en kan volstaan met een beroep op het algemene gevaar van klimaatverandering en de algemene gevolgen daarvan. Dit is onjuist.

77. RDS lichtte al toe dat de eigen emissies van RDS, ook samen met de emissies van Shell en die van de eindgebruikers van haar producten, niet hebben geleid en niet zullen leiden tot het door Milieudefensie c.s. gestelde gevaar van klimaatverandering.⁷⁶

78. Milieudefensie c.s. meent dat in deze zaak individuele feiten en omstandigheden geen rol zouden spelen bij de beoordeling van de onrechtmatigheidsvraag. In het bijzonder meent Milieudefensie c.s.

⁷⁶ CvA, randnummer 504 e.v.

dat zij niet zou hoeven te stellen wie, waar en wanneer precies schade zal worden geleden als gevolg van het beleid van RDS, omdat het in deze zaak gaat om een preventieve gebodsactie.⁷⁷

79. Ook dat betoog is zonder grond. De gebodsactie ziet op de nakoming van de verplichting op grond van art. 6:162 jo. 3:296 BW om (toekomstig) onrechtmatig handelen te voorkomen. Daarvoor is dus vereist dat sprake is van een onrechtmatige gedraging, althans dat er een reële dreiging is van onrechtmatig handelen. Milieudefensie c.s. stelt dat de algemene gevolgen van gevaarlijke klimaatverandering volstaan voor het vragen van een preventieve gebodsactie op grond van art. 3:305a BW. Zij meent dit te kunnen afleiden uit Urgenda. Milieudefensie c.s. miskent echter dat sprake moet zijn van een (reële dreiging van) onrechtmatig handelen, en niet van een (reële dreiging van) algemeen gevaar. Dat in de Urgenda-zaak voor het geven van een bevel door het hof voldoende werd geacht dat er een reële dreiging is van een gevaar waartegen maatregelen moeten worden genomen, hangt daarmee samen dat de (dreigende) onrechtmatige gedraging van de Staat was gelegen in de schending van art. 2 en 8 EVRM en de plicht van de Staat om vanwege het gevaar van klimaatverandering in het licht van het voorzorgsbeginsel afdoende maatregelen te nemen. In deze zaak stelt Milieudefensie c.s. dat RDS onrechtmatig handelt op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW, mede ingekleurd aan de hand van de Kelderluikfactoren. Om vast te stellen dat er een (dreigende) onrechtmatige gedraging is, moet daarom voldoende worden gesteld dat RDS maatregelen zou moeten nemen ter afwending van een concreet gevaar dat zij in het leven roept, onder meer gelet op de kans dat daaruit schade ontstaat. Milieudefensie c.s. heeft dat niet gedaan.
80. Bovendien moet Milieudefensie c.s. stellen dat er een kans op schade is ten gevolge van de onoplettendheid en onvoorzichtigheid van de benadeelden en dat RDS gehouden is met het oog daarop gehouden is bepaalde veiligheidsmaatregelen te nemen. Ook dat heeft Milieudefensie c.s. niet gesteld. Ook op dit punt moet acht worden geslagen op de aard van de collectieve actie. De NGO's komen op

⁷⁷ Pleitnotitie 2 Milieudefensie c.s., randnummer 36-42.

voor het algemene belang, in de zin van het belang van alle natuurlijke en rechtspersonen op aarde, subsidiair in Nederland. Dan moet voor de beoordeling van deze Kelderluikfactor ook worden meegewogen dat het gaat om de kans op schade als gevolg van onoplettendheid of onvoorzichtigheid van de hele wereldbevolking, subsidiair de Nederlandse ingezetenen. De risico's van klimaatverandering zijn algemeen bekend. Er is dus geen sprake van een risico dat zich door onoplettendheid of onvoorzichtigheid verwezenlijkt. De gehele wereld, c.q. Nederland is voldoende bekend met het risico. Overheden kunnen maatregelen nemen en doen dat ook. Dan is er geen ruimte om aan RDS, als enige private partij, verdergaande maatregelen op te leggen.

81. Ook hier is het geen goed antwoord om te verwijzen naar de beperkte mogelijkheden van een individuele burger om dit risico af te wenden. Dat past niet bij de aard van een collectieve actie. Dat zou namelijk het volgende betekenen. Het gedrag van RDS zou worden beoordeeld in het licht van de belangen van de hele wereldbevolking, subsidiair van de bevolking van Nederland. Tegelijkertijd zou de vraag of sprake is van schade als gevolg van onoplettendheid of onvoorzichtigheid van de benadeelde worden beoordeeld in het licht van het gedrag bezien op het niveau van individuele burgers. Dat gaat niet samen.

(2) De aard en de ernst van de schade

82. RDS memoreerde hiervoor al dat partijen het erover eens zijn dat de emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten niet "*op zichzelf tot het beschreven gevaar leiden*".⁷⁸ Het handelen van RDS veroorzaakt dus niet het gevaar dat Milieudefensie c.s. in deze procedure aan de orde stelt, en in ieder geval niet de mogelijke schade zoals die door Milieudefensie c.s. wordt geschetst als gevolg van klimaatverandering als zodanig.
83. Hier komt nog bij dat de aard en ernst van de mogelijke gevaren van klimaatverandering niet statisch maar dynamisch zijn. De maatregelen die overheden en andere actoren hebben getroffen en nog zullen treffen zullen van invloed zijn op de uitstoot van CO₂ en daarmee in hoeverre de temperatuur op aarde stijgt en de risico's zich

⁷⁸ Dagvaarding, randnummer 509.

materialiseren. Er zijn immers allerlei mogelijke scenario's om de doelstellingen van de Overeenkomst van Parijs te behalen en op dit moment valt niet met zekerheid vast te stellen welk scenario precies zal worden gevolgd. Daarmee verhoudt zich niet dat RDS als gevolg van deze procedure voor lange tijd in een keurslijf wordt gedwongen om een bepaalde door de rechter vastgestelde emissiereductie te realiseren.

(3) Aard van de gedraging en nut dat daarmee wordt gediend

84. Een volgende Kelderluikfactor is de aard van de gedraging en het nut dat daarmee wordt gediend. Ook deze Kelderluikfactor wijst niet op een zorgplicht van RDS.
85. De samenleving als geheel stoot CO₂ uit. Het risico op gevaarlijke klimaatverandering is dus het gevolg van het handelen van iedereen in de samenleving, en niet alleen van RDS. De relatie tussen het gebruik van fossiele brandstoffen, CO₂-emissies en klimaatverandering is zeker de afgelopen jaren zeer breed in de belangstelling komen te staan van publiek en politiek, in Nederland en daarbuiten. Het feit dat iedereen in de samenleving, de eisers daaronder begrepen, in meer of mindere mate dezelfde gedragingen vertoont als de gedragingen van RDS waartegen Milieudefensie c.s. opkomt, wijst erop dat die gedraging toelaatbaar is.
86. De activiteiten van de Shell groep vervullen verder een erkend nuttige en belangrijke functie in de maatschappij. Het gebruik van olie en gas is vooralsnog essentieel voor het functioneren van de samenleving. Ook al is de transitie naar andere energiebronnen ingezet, de samenleving zal voorlopig nog aangewezen zijn op fossiele brandstoffen en dat zal ook in een netto-nul wereld bij de huidige stand van zaken het geval zijn. RDS heeft dat onder meer toegelicht in haar inleidende pleidooi en bij de bespreking van de energietransitie, en verwijst hier dan ook naar wat zij daar heeft opgemerkt.
87. De activiteiten van de Shell groep zijn toegestaan en worden gereguleerd, ook dat heeft RDS toegelicht toen zij de energietransitie besprak. Die regulering heeft betrekking op allerlei aspecten van de keten: van productie van een fossiele brandstof tot de verkoop en het

gebruik daarvan. Denk bijvoorbeeld aan vergunningen die Shell nodig heeft om olie of gas te kunnen produceren, de eisen waaraan de raffinaderijen moeten voldoen, de kwaliteitseisen aan benzine zoals die aan de pomp wordt verkocht en de eisen die worden gesteld aan de motoren waarin diezelfde benzine wordt gebruikt. Ook de uitstoot van CO₂ wordt in die keten gereguleerd en dus – binnen de kaders van die regulering – toegestaan. Daarmee ontbreekt een basis om het handelen binnen de kaders van die regulering als onrechtmatig te bestempelen.

88. Het feit dat de activiteiten van de Shell vennootschappen vergund en gereguleerd zijn, specifiek als het gaat om de uitstoot van CO₂, staat in de weg aan de gedachte dat RDS onrechtmatig zou handelen. Het feit dat de activiteiten van de Shell groep gereguleerd en vergund zijn, moet los daarvan worden meegewogen bij de beoordeling van de aard van de gedragingen van RDS in het kader van de Kelderluikfactoren. Dit gegeven bevestigt immers dat de gedragingen van de Shell groep zijn toegestaan en op zichzelf niet van dien aard zijn dat zij RDS dwingen tot ander handelen en tot een zorgplicht van RDS leiden.
89. RDS zal dat verder toelichten aan de hand van het al eerdere genoemde EU ETS. Met het ETS voorziet het Unierecht in een uitputtende regeling voor de emissies van de installaties die onder het ETS vallen. De regeling van ETS is expliciet in het leven geroepen om te voldoen aan de klimaatdoelstellingen van de EU. Die doelstellingen stelt de EU inmiddels vast in het licht van de Overeenkomst van Parijs. ETS is dus expliciet bedoeld om klimaatverandering tegen te gaan.
90. De aard van de vergunning is juist dat het recht wordt verleend om CO₂ uit te stoten. Artikel 3 van richtlijn 2003/87 bepaalt dat een emissierecht is: een *"overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn overdraagbaar recht om, uitsluitend teneinde aan de eisen van deze richtlijn te voldoen, gedurende een bepaalde periode één ton kooldioxide-equivalent uit te stoten"*. En artikel 6 lid 1: *"De bevoegde autoriteit verleent een vergunning waarin toestemming wordt verleend broeikasgassen uit de gehele installatie of een deel daarvan uit te stoten, indien zij ervan overtuigd is dat de exploitant in staat is de emissies te bewaken en te rapporteren."* Er is ook in voorzien dat vergunningen die worden verstrekt onder de Richtlijn industriële

emissies⁷⁹ vervolgens niet verdere beperkingen meebrengen: dan *"omvat de vergunning geen emissiegrenswaarde voor directe emissies van dat gas, tenzij zulks noodzakelijk is om te verzekeren dat er geen significante plaatselijke verontreiniging wordt veroorzaakt"*. Die richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet milieubeheer en het Besluit omgevingsrecht. De gedachte van Milieudefensie c.s. dat dit geen uitputtende regeling is omdat de Wet milieubeheer bij een andere bepaling vermeldt dat civiele aanspraken kunnen bestaan, strookt niet met de gedachte achter het (Europeesrechtelijke) ETS.

91. Shell is voor een belangrijk deel van haar activiteiten in de EU onderworpen aan het ETS, bijvoorbeeld voor olieraffinage. Voor zover Shell over de op grond van het ETS noodzakelijke emissierechten beschikt, zijn deze emissies door de overheid aan Shell 'vergunnd'. Met andere woorden: het is Shell dus toegestaan om emissies uit te stoten waarvoor zij emissierechten heeft. Bij de verstrekking van die rechten is uitdrukkelijk rekening gehouden met het belang om klimaatverandering tegen te gaan.
92. Het feit dat Shell emissierechten heeft, staat daarom aan de weg aan het aannemen van onrechtmatigheid van het handelen van Shell, ook richting RDS.
93. Nu Shell emissierechten heeft, staat dat in de weg aan het aannemen van onrechtmatigheid van de met gebruik van die rechten veroorzaakte emissies. De Hoge Raad overweegt in het arrest Ludlage/Van Paradijs: "[h]et antwoord op de vraag of en in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de hem verstrekte vergunning handelt, doch daarbij schade of hinder toebrengt aan derden, hangt af van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval [...]. Daarbij heeft te gelden dat de vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig

⁷⁹ Richtlijn 2010/75/EU.

de wet in aanmerking te nemen belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken". Aan deze criteria is voldaan.

- (a) Shell heeft immers vergunningen in de door de Hoge Raad bedoelde zin. Die vergunningen en emissierechten geven Shell het recht om CO₂ uit te stoten. Dat geldt overigens ook voor verschillende industriële klanten van Shell producten voor de emissies die zij daarmee veroorzaken. Vanuit het perspectief van Shell zijn dat scope 3 emissies (namelijk van haar eindgebruikers). Voor de industriële klanten van Shell geldt echter dat het gaat om emissies die zelfstandig onder het ETS vallen (denk aan elektriciteitscentrales, partijen in de chemische sector of bijvoorbeeld de staalindustrie) en dus ook door emissierechten gedekt moeten zijn.
- (b) Shell handelt met haar emissies conform die vergunning (evenals de hiervoor genoemde afnemers van Shell producten bij hun emissies).
- (c) Het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust is, enerzijds, het beperken van CO₂-emissies om klimaatverandering en de gevolgen daarvan te voorkomen en, anderzijds, de industrie in staat te stellen hun activiteiten te verrichten in de EU en zo onder meer *carbon leakage* te voorkomen. De Europese wetgever heeft dus, kort gezegd, precies afgewogen wat Milieudefensie c.s. aan de orde stelt. Milieudefensie c.s. probeert daaraan te ontkomen door te betogen dat bij de verkrijging van een emissierecht niet die afweging is gemaakt. Maar wat Milieudefensie c.s. nalaat te vermelden is het cruciale gegeven dat die afweging is gemaakt door de EU-wetgever zelf, namelijk bij het bepalen wat het totale EU-emissieplafond zal zijn. De toekenning en verhandeling van de emissierechten is vervolgens slechts een verdelingsvraag: de belangenafweging is bij het plafond gemaakt.

- (d) Waarom Shell dan niet op die verleende vergunning zou mogen vertrouwen, heeft Milieudefensie c.s. in het geheel niet duidelijk gemaakt. Haar argument dat de vergunning alleen de bedoelde werking heeft als wordt aangetoond dat gegarandeerd is dat schade geheel wordt vergoed of voorkomen, wordt door haar in het geheel niet onderbouwd. Dat is niet verwonderlijk, want het punt is nu juist dat de belangen zijn afgewogen bij het bepalen van het totale EU-emissieplafond, de toewijzing en veiling van een bepaalde hoeveelheid emissierechten en de daarop gebaseerde vergunningverlening, en dat is iets anders dan de vraag of bepaalde belangen volledig ongemoeid worden gelaten. Dat geldt temeer omdat Milieudefensie c.s. een volkomen eenzijdig verhaal heeft gepresenteerd. In dat eenzijdige verhaal wordt aan een belangenafweging niet toegekomen. De werkelijkheid is complexer, en de afwegingen die in verdragen zijn voorzien en door de EU-wetgever zijn gemaakt dus ook.
94. Dat niet alle activiteiten van Shell onder het ETS vallen, maakt dat niet anders. Het punt is immers dat de emissies die onder het ETS vallen, om de genoemde redenen hoe dan ook niet onrechtmatig kunnen zijn.
95. Het kan zijn dat Shell relatief veel van die emissierechten tot haar beschikking krijgt, en anderen relatief minder. Dat betekent dat Shell dan dus minder hoeft te reduceren dan anderen, maar de doelstellingen van het ETS wel worden behaald. Shell en ook haar klanten kunnen dus beschikken over de noodzakelijke emissierechten die meer emissies toelaten dan Milieudefensie c.s. met haar vorderingen toelaatbaar vindt. Nog daargelaten dat dit gevraagde gebod verder gaat dan waartoe RDS als aangesproken partij verplicht is, betekent dit ook dat het gevraagde gebod is gericht op emissies van Shell die niet – en zeker niet onder alle omstandigheden – onrechtmatig zijn. Bij die stand van zaken kan dus niet worden vastgesteld dat het handelen van RDS steeds onrechtmatig is. Om die redenen die ik hiervoor al noemde, staat ook dit punt aan toewijzing van de vorderingen in de weg.
96. In randnummers 81-84 van pleitnota 4 voerde Milieudefensie c.s. in dit verband nog aan dat "een onvoldoende functionerend

publiekrechtelijk kader geen vrijwarende werking kan opleveren." Milieudefensie c.s. heeft niet aangetoond dat het ETS onvoldoende zou functioneren. De kritiek van Milieudefensie c.s. komt er in wezen op neer dat de regeling niet ver genoeg gaat, maar dat is geen basis om aan te nemen dat de regeling onvoldoende functioneert. Daarbij wijst RDS er ook nog op dat het EU ETS steeds verder is en wordt aangescherpt. Dat in de toekomst, ook in 2030, dus minder emissierechten beschikbaar zullen zijn is een gegeven, en waarschijnlijk wordt het aantal emissierechten door de aanscherping verder gereduceerd. Milieudefensie c.s. lijkt te erkennen dat het ETS in elk geval na die aanscherping in lijn met haar interpretatie van de Overeenkomst van Parijs zal zijn.

97. Het EU ETS is tot slot niet de enige "*cap and trade*" regeling en de enige wijze waarop emissies worden gereguleerd. Vergelijkbare "*cap and trade*" regelingen gelden bijvoorbeeld ook in andere (deelstaten van) landen, zoals Californië en Quebec, en wordt bovendien ook in meer landen overwogen voor de toekomst. Bovendien is er veel meer regulering gericht op CO₂-emissiereductie in verschillende sectoren waaruit volgt dat bepaalde producten en gebruik daarvan uitdrukkelijk zijn toegestaan, zoals RDS in deel B van het openingspleidooi heeft uitgelegd. Het argument van Milieudefensie c.s. dat regulering alleen speelt in verband met Europese emissies, gaat dus niet op.

(4) Bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van het treffen van maatregelen

98. Milieudefensie c.s. erkent dat oplegging van de door haar verlangde maatregel ingrijpende gevolgen zal hebben voor RDS en de Shell groep als geheel. Dat pleit op zichzelf al tegen het aannemen van de door Milieudefensie c.s. gestelde zorgplicht.
99. De consequentie daarvan zou immers zijn dat de activiteiten van de Shell groep drastisch moeten worden teruggebracht. Er zou sprake zijn van een ingreep door de rechter in de vrijheid van de Shell vennootschappen om hun bedrijf uit te oefenen die zijn weerga niet kent. Milieudefensie c.s. anticipeerde er tijdens de vorige zittingsdag zelfs op dat Shell "in 2030 ongeveer de helft kleiner" zou kunnen zijn

dan nu.⁸⁰ Dat is een maatregel waarvan duidelijk is dat die uiterst bezwaarlijk en hoogst ongebruikelijk is en dan druk ik mij nog voorzichtig uit. Het spreekt voor zich dat een dergelijke maatregel geen precedent kent. Milieudefensie c.s. probeert die maatregel onder meer te rechtvaardigen met haar betoog dat anders "de hele wereld catastrofale klimaatveranderingen zou moeten ondergaan omdat het voor Shell (en andere grote uitstoters van CO₂) te bezwaarlijk zou zijn om te veranderen".⁸¹ Die rechtvaardiging gaat niet op. De CO₂ emissies van Shell en de eindgebruikers van haar producten veroorzaken het risico van gevaarlijke klimaatverandering niet en dat risico wordt ook niet afgewend als de gevorderde maatregel wordt opgelegd. RDS zou als enige deze maatregel opgelegd krijgen, terwijl duidelijk is dat dat geen effect sorteert. Milieudefensie c.s. onderkent dat, want in het zojuist aangehaalde citaat wijst zij erop dat ook andere CO₂-uitstoters zouden moeten veranderen.

100. Toewijzing van de vordering van Milieudefensie c.s. zou tot slot de bedrijfsvoering van RDS nog op een andere manier vergaand belemmeren, omdat zij geen enkele mogelijkheid meer zou hebben om in te spelen op ontwikkelingen die zich voordoen tussen het moment van toewijzing en 2030, terwijl de rest van de samenleving dat wel kan. Dat geldt dus ook voor concurrenten van RDS. Het *level playing field* tussen RDS en haar concurrenten zou daardoor volledig worden verstoord. In haar pleidooi van afgelopen dinsdag heeft Milieudefensie c.s. betoogd dat het met de gevolgen voor het *level playing field* wel meevalt, wederom door RDS "een bijzondere" en zelfs "absoluut dominante positie" toe te dichten.⁸² Waarop Milieudefensie c.s. dat allemaal baseert, maakt zij niet duidelijk. Het klopt in ieder geval niet. RDS heeft geen absoluut dominante positie op de olie- en gasmarkt. Zij heeft als gezegd maar een klein aandeel in de wereldwijde reserves van olie en gas. Het overgrote deel daarvan – circa 80% – is echter in handen van staatsbedrijven die vele malen groter zijn dan RDS en wier positie Milieudefensie c.s. onbesproken laat.⁸³ Verder voert Milieudefensie c.s. aan dat in de olie-

⁸⁰ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., nr. 81.

⁸¹ Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., nr. 91.

⁸² Pleitnotitie 8 Milieudefensie c.s., randnummer 75 e.v.

⁸³ RDS wees al eerder op dit punt, onder meer in Pleitaantekeningen Rechtsvormende taak rechter RDS, randnummer 2 e.v.

en gasmarkt ook partijen actief zijn die kleiner zijn dan RDS en toch winstgevend opereren, en dat hetzelfde dus ook voor RDS zou gelden als zij haar activiteiten gedwongen zou moeten reduceren. Daarmee gaat Milieudefensie c.s. aan het relevante punt voorbij. Toewijzing van de vorderingen zou betekenen dat RDS wel, maar haar concurrenten niet verplicht zijn om de omvang van hun activiteiten terug te brengen. De concurrenten van RDS worden anders dan RDS dus niet jarenlang in hun bedrijfsvoering beperkt.

5 GEEN ZORGPLICHT RDS OP BASIS VAN KLIMAATVERDRAGEN, MENSENRECHTEN OF SOFT LAW

5.1 Inleiding

101. Milieudefensie c.s. beroept zich ter staving van haar vorderingen op zowel verdragen (met name het EVRM, maar intussen ook op het VN Klimaatverdrag en de Overeenkomst van Parijs), als op *soft law* instrumenten (zoals de UN Guiding Principles) ter ondersteuning van haar betoog dat op RDS een ongeschreven zorgvuldigheidnorm zou rusten om haar CO₂-emissies te reduceren. Voor geen van deze categorieën geldt dat zij leiden tot de juridische verplichtingen van RDS die Milieudefensie daaraan meent te kunnen ontleen.

102. Vandaag zal ik de volgende punten – nader – toelichten:

- uit het VN Klimaatverdrag en de Overeenkomst van Parijs vloeit geen veiligheidsnorm voort die RDS bindt.
- het EVRM is als verdrag alleen direct bindend voor Staten en niet voor private partijen, terwijl de andere instrumenten die Milieudefensie c.s. aanhaalt, zoals de UN Guiding Principles, als zodanig niet bindend zijn. Zij brengen dus geen van alle juridische verplichtingen mee voor RDS.
- de beleidsruimte van Staten en de belangen waarmee rekening wordt gehouden in de gevallen waarin art. 2 en 8 EVRM van toepassing zijn, zijn ruim en divers en omvatten ook andere beschermenswaardige belangen, zoals het creëren en behouden van toegang tot energie en de levensstandaard.

- mede om deze redenen ondersteunt het arrest van de Hoge Raad in Urgenda de vorderingen van Milieudefensie c.s. niet.

103. Daarbij zal ik ook ingaan op de vragen die de rechtbank in september heeft gesteld hierover. Dat betreft de betekenis van het arrest van de Hoge Raad in Urgenda voor deze zaak (vraag 7) en daarnaast de vraag welke belangen en factoren moeten worden meegewogen in de belangenafweging in relatie tot art. 2 en 8 EVRM, en "*welke gevolgtrekking kan of moet worden verbonden aan de omstandigheid dat RDS zich heeft gecommitteerd aan de UN Guiding Principles*" (vragen 15 en 16).

5.2 Uit VN Klimaatverdrag en Overeenkomst van Parijs volgt geen (bindende) veiligheidsnorm

104. Milieudefensie c.s. heeft tijdens de zitting in aanvulling op haar eerdere betoog op meerdere momenten aangevoerd dat de temperatuurdoelstelling van de Overeenkomst van Parijs een "een universeel gedragen en geaccepteerde veiligheidsnorm" inhoudt.⁸⁴ Volgens Milieudefensie c.s. volgt uit de temperatuurdoelstelling van de Overeenkomst van Parijs samen met bepaalde wetenschappelijke bevindingen ook een gevarengrens die niet overschreden mag worden. Die veiligheidsnorm en gevarengrens zouden volgens Milieudefensie c.s. ook zelfstandige juridische betekenis hebben voor niet-statelijke partijen zoals RDS, namelijk in de context van zowel art. 6:162 BW als mensenrechten.

105. Uit de bewoordingen van de Overeenkomst van Parijs volgt niet dat de verdragsluitende partijen hebben beoogd met de temperatuurdoelstelling een universele veiligheidsnorm en in navolging daarvan een gevarengrens vast te stellen. Milieudefensie c.s. heeft ook niet toegelicht waaraan zij dat standpunt ontleent. Het standpunt van Milieudefensie c.s. wordt in ieder geval niet bevestigd in de uitspraken in Urgenda waar zij naar verwijst.

106. Hoe dan ook brengt de Overeenkomst van Parijs geen verplichtingen of rechten mee voor niet-statelijke partijen. RDS is geen staat en

⁸⁴ Zie onder meer Pleitnotitie 1 Milieudefensie c.s., randnummer 14-22 en Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 22.

daaraan ook niet gelijk te stellen. Om die reden kan de beweerde veiligheidsnorm die Milieudefensie c.s. uit de Overeenkomst van Parijs afleidt RDS hoe dan ook niet binden. Dat de partijen bij het VN Klimaatverdrag en de Overeenkomst van Parijs ook een rol weggelegd zien voor niet-statelijke partijen (Non-Party Stakeholders) bij de aanpak van klimaatverandering, maakt dat niet anders. Integendeel: het standpunt van de verdragspartijen bevestigt juist dat de Overeenkomst van Parijs niet-statelijke partijen geen verplichtingen oplegt. Uit de Overeenkomst van Parijs volgt dus geen universele veiligheidsnorm waarop Milieudefensie c.s. zich jegens RDS zou kunnen beroepen, ook niet in de context van art. 6:162 BW.

5.3 Uit EVRM volgt geen verplichting van RDS om haar CO₂-emissies te reduceren

5.3.1 Geen doorwerking van het EVRM

107. Dat het EVRM private partijen zoals RDS niet direct bindt, staat buiten twijfel.⁸⁵ De bepalingen van het EVRM leggen verplichtingen op aan Staten, en niet aan private partijen. RDS is, zoals zij net heeft toegelicht, ook niet aan Staten gelijk te stellen.

108. Milieudefensie c.s. stelt dat zij zich beroept op de "indirecte" horizontale werking van art. 2 en 8 EVRM, wat volgens Milieudefensie c.s. meebrengt dat de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm van art. 6:162 BW wordt "ingekleurd" door de bepalingen van het EVRM.⁸⁶ Milieudefensie c.s. gaat echter in twee opzichten verder dan het "inkleuren" van een open privaatrechtelijke norm:

- (1) Milieudefensie c.s. construeert op grond van artikel 2 en 8 EVRM een *positieve* verplichting voor RDS, gekoppeld aan het voorzorgsbeginsel;
- (2) Milieudefensie c.s. stelt dat RDS op grond van die positieve verplichting gehouden is "(pro)actief te handelen en die

⁸⁵ CvA, onderdeel 7.6.2.

⁸⁶ Dagvaarding, randnummer 667.

maatregelen te treffen die voorkomen dat burgers elkaars grondrechten schenden."

109. Die benadering van Milieudefensie c.s. gaat niet op. Als het gaat om inbreuken op de bepalingen van het EVRM geldt, zoals toegelicht in de CvA,⁸⁷ dat deze in horizontale verhoudingen hooguit een van de vele factoren zijn die in beeld kunnen komen bij de invulling van open normen in het privaatrecht.⁸⁸ Uit de jurisprudentie blijkt immers dat mensenrechten in horizontale verhoudingen slechts "indirecte" doorwerking hebben, in die zin dat de belangen die zij beschermen worden meegenomen in de belangenafweging die de rechter maakt bij de toepassing van de open norm van art. 6:162 BW.⁸⁹ Bij die belangenafweging kan – en moet – rekening worden gehouden met het feit dat deze bepalingen naar hun aard niet zijn geformuleerd voor betrekkingen tussen private partijen onderling.⁹⁰ Bovendien stelt de rechter zich blijkens deze jurisprudentie terughoudend op, vanuit de gedachte dat ook de vrijheden van de gedaagde partij niet te vergaand mogen worden doorkruist.⁹¹
110. In deze zaak leidt eventuele indirecte horizontale toepassing van art. 2 en 8 EVRM in het kader van art. 6:162 BW niet tot een ander resultaat als het gaat om de vraag of RDS enige zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. De door art. 2 en 8 EVRM beschermde belangen waarop Milieudefensie zich beroept, wegen reeds mee bij de beoordeling op basis van de Kelderluikfactoren, en maken die afweging ook niet anders. RDS verwijst naar haar bespreking van de individuele Kelderluikfactoren. Overigens geldt dat, als al zou worden toegekomen aan een weging van mensenrechtelijke belangen in het kader van de beoordeling op basis van de Kelderluikfactoren, daarin dan ook de grondrechtelijke belangen van RDS moeten meewegen, zoals het recht op ongestoord genot van haar eigendommen (artikel 1

⁸⁷ CvA, onderdeel 7.6.5.

⁸⁸ J. Emmaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Amsterdam: Boom juridische uitgevers 2013, p. 22; A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi 2017, p. 171.

⁸⁹ R. Nehmelman en C.W. Noorlander *Horizontale werking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 2013, par. 5.3.3.

⁹⁰ Asser/Hartkamp 3-I 2018/227-228.

⁹¹ J.H. Gerards en C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 40; A.W. Hins en A.J. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi 2017, p. 162. Zie ook Asser/Hartkamp 3-I 2018/227.

Eerste Protocol EVRM en artikel 17 Handvest Grondrechten van de Europese Unie) en het recht op vrij ondernemerschap (artikel 16 Handvest Grondrechten van de Europese Unie). Per saldo voegt het beroep op mensenrechten dus niets wezenlijks toe aan de beoordeling in deze zaak.

111. Milieudefensie c.s. bepleit het tegendeel op grond van het argument dat RDS een "*zeer uitzonderlijke machtspositie heeft in relatie tot het veroorzaken en voorkomen van klimaatverandering*". Die machtspositie zou "*op zijn minst vergelijkbaar*" zijn met die van een staat.⁹² RDS zou zelfs "*qua macht en invloed*" de rol van een staat overstijgen.⁹³ In dit pleidooi is reeds toegelicht dat dit feitelijk onjuist is. RDS heeft geen bijzondere positie bij het veroorzaken en ook niet bij het afwenden van het risico van een gevaarlijke klimaatverandering. Een wezenlijk verschil tussen RDS en een staat is bovendien dat een staat door wet- en regelgeving emissie-reducties kan opleggen. RDS kan dat niet. Daarmee komt de grond te ontvallen onder het betoog van Milieudefensie c.s. dat in deze zaak een zware weging zou toekomen aan de mensenrechten.
112. Milieudefensie c.s. vraagt de rechtbank in wezen om aan art. 2 en 8 EVRM directe werking te geven over de band van art. 6:162 BW, en niet slechts om art. 2 en 8 EVRM op de hierboven beschreven wijze mee te wegen. Milieudefensie c.s. stelt in dat verband niet alleen dat RDS zich van een vermeende mensenrechtenschending moet onthouden, maar ook dat zij actief maatregelen moet nemen om te voorkomen dat mensenrechten worden geschonden, en daarbovenop om te voorkomen dat burgers elkaars mensenrechten schenden.⁹⁴
113. Milieudefensie c.s. miskent daarmee dat de bepalingen van het EVRM zich naar hun aard niet lenen voor directe toepassing in horizontale verhoudingen, juist omdat zij zijn geschreven voor de verticale verhouding tussen burger en overheid.⁹⁵ De verplichtingen die op grond van art. 2 en 8 EVRM op Staten rusten, kunnen niet via de open

⁹² Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 55. Vgl. Dagvaarding, randnummer 668.

⁹³ Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 56.

⁹⁴ Dagvaarding, randnummer 668 en 670.

⁹⁵ Asser/Hartkamp 3-I 2018/227.

norm van art. 6:162 BW alsnog een-op-een worden toegepast op private partijen.

114. Dat geldt dus ook – en in feite nog sterker – voor de positieve verplichtingen waarop Milieudefensie c.s. zich onder verwijzing naar Urgenda beroept. Onder omstandigheden kan voor Staten een positieve verplichting uit het EVRM volgen, op grond waarvan zij verplicht kunnen zijn om actief maatregelen te treffen om burgers tegen inbreuken op hun rechten te beschermen (in tegenstelling tot de negatieve verplichtingen, die er kort gezegd op neerkomen dat Staten zich van inbreuken op verdragsrechten moeten onthouden). Daarvoor zijn verschillende redenen.

- De beoordeling van de vraag of op een Staat een positieve verplichting rust is afhankelijk van een afweging van belangen tussen aan de ene kant het individu dat zich op bescherming beroept en aan de andere kant van de samenleving als geheel. Die belangenafweging kan echter niet op dezelfde manier worden gemaakt in de horizontale verhouding tussen private partijen, en dat gegeven staat reeds aan doorwerking in zulke verhoudingen in de weg. RDS komt daarop terug als zij de vraag van de rechtbank bespreekt over de belangenafweging die bij de toepassing van art. 2 en 8 EVRM moet worden gemaakt.
- Het EVRM en de maatregelen die in dat verband door het EHRM worden gevegd, richten zich naar hun aard bij uitstek tot Staten, die de mogelijkheid hebben om daartoe wetten te maken en over (staats)middelen beschikken om deze te handhaven. Dit geldt in het bijzonder voor de positieve verplichtingen die op Staten kunnen rusten om met passende maatregelen inbreuk op de te beschermen rechten te voorkomen, die in de jurisprudentie van het EHRM steevast bestaan uit het zekerstellen van een afdoende wettelijk kader en het waarborgen van naleving en handhaving daarvan.⁹⁶
- Deze maatregelen kunnen niet van een private partij als RDS worden gevegd als ware zij een staat. RDS is geen staat. RDS

⁹⁶ Zie Pleitnotitie 4 Milieudefensie c.s., randnummer 18 en 19.

beschikt ook niet over dezelfde mogelijkheden of middelen als een staat die nodig zijn om de bescherming te bieden die Milieudefensie c.s. meent dat RDS zou moeten bieden, en op haar kunnen dan ook geen positieve verplichtingen rusten zoals op Staten.

115. Milieudefensie c.s. heeft op de tweede zittingsdag gesteld dat de nationale rechter op grond van artikel 13 EVRM moet kunnen voorzien in "effectieve rechtsbescherming" tegen een (dreigende) schending van de rechten die het EVRM waarborgt. In strijd hiermee is naar de mening van Milieudefensie c.s. dat RDS "*zich zou kunnen verschuilen achter inadequate, gebrekkige of zelfs afwezige klimaatregelgeving*". Milieudefensie c.s. miskent daarmee echter dat het de Staat is die deze effectieve rechtsbescherming op grond van artikel 13 EVRM moet bieden. De Staat kan die bescherming ook bieden, aangezien hij wetgeving kan introduceren en de handhaving daarvan kan waarborgen. Dit betekent echter niet dat de rechter, als orgaan van de Staat, verplicht is om dezelfde bescherming te introduceren door in horizontale verhoudingen onder het mom van indirecte werking van grondrechten reductieverplichtingen aan private partijen op te leggen.

5.3.2 De noodzaak om verschillende belangen af te wegen en de beleidsruimte daarbij bevestigt dat uit EVRM geen reductieverplichting voor RDS volgt

116. De rechtbank heeft gevraagd welke belangen en factoren moeten worden meegewogen in de belangenafweging onder art. 2 en 8 EVRM.
117. RDS stelt daarbij voorop dat art. 2 en 8 EVRM in dit geval geen rol kunnen spelen, ook niet indirect. Het feit dat de voor toepassing van art. 2 en 8 EVRM noodzakelijke belangenafweging niet door RDS kan worden gemaakt, bevestigt dat nog eens en RDS zal toelichten waarom.
118. Het is aan Staten om de belangenafweging in relatie tot art. 2 en 8 EVRM te maken: hoe zij de door art. 2 en 8 beschermde belangen tegen elkaar afwegen, en welke belangen zij in die afweging meenemen. Daaronder vallen dus ook andere belangen die door art.

2 en 8 EVRM worden beschermd, maar ook andere mensenrechten zoals die onder meer uit het EVRM volgen. Dat geldt ook als het gaat om de aanpak van klimaatverandering en de daarvoor benodigde energietransitie. Milieudefensie c.s. negeert dat bij het bestrijden van klimaatverandering een veelheid aan beschermenswaardige belangen speelt, en dat toewijzing van haar vorderingen ook impact zal hebben op andere beschermenswaardige belangen. Milieudefensie c.s. verwijst zelf naar zulke belangen waar zij verdedigt dat die belangen op termijn door de gevolgen van klimaatverandering worden getroffen, zoals voedselvoorziening, leefomgeving en levensstandaard.⁹⁷

119. De noodzakelijke belangenafweging zal ook per land waar de Shell groep actief is moeten plaatsvinden (waarbij opmerking verdient dat Shell uiteraard ook in landen actief is waar het EVRM niet geldt en aan toepassing daarvan niet wordt toegekomen). De lokale omstandigheden verschillen enorm van land tot land. Milieudefensie c.s. onderkent dat en noemt in de Dagvaarding allerlei relevante verschillen, zoals verschillende histories, achtergronden en culturen, het stadium van ontwikkeling, of sprake is van armoede of welvaart, verschillen in nationale prioriteiten en verschillen in politieke en economische systemen.⁹⁸ Dat betekent dat hetzelfde geldt voor de belangen die moeten worden afgewogen, en dus ook de uitkomst van die belangenafweging van land tot land kan verschillen.
120. Dat wordt bijvoorbeeld onderstreept door de noodzaak in andere landen dan Nederland om toegang tot energiebronnen te hebben, waaronder die welke door Shell geleverd worden. In sommige ontwikkelende landen is bijvoorbeeld toegang tot betaalbare energie geen gegeven, maar wel nodig om de Sustainable Development Goals te verwezenlijken. RDS heeft dat al in de CvA toegelicht en nadien heeft het Internationaal Energieagentschap dit punt nog eens indringend duidelijk gemaakt voor wat betreft Afrika in het bijzonder: "[t]oday, 600 million people in sub-Saharan Africa (one-out-of-two

⁹⁷ Zie bijvoorbeeld Dagvaarding, randnummer 654 e.v.

⁹⁸ Dagvaarding, randnummer 704.

people) do not have access to electricity".⁹⁹ Toegang tot energie is daar en voor grote delen van de wereld een vraag van levensbelang.

121. Er is dus niet één antwoord op de vraag hoe de belangen in verschillende landen tegen elkaar moeten worden afgewogen.
122. Staten leggen het resultaat van hun belangenafweging vast in regulering en beleid. Wij hebben al geschetst dat de afwegingen die Staten moeten maken in de energietransitie talrijk en fundamenteel zijn. Ook hebben wij al geschetst dat overheden hiermee actief doende zijn, onder meer in het Nederlandse klimaatplan, de plannen die de Europese Commissie in september heeft gepresenteerd, en bijvoorbeeld ook de aankondiging door China in dezelfde maand dat zij in 2060 CO₂ neutraal wil zijn.¹⁰⁰ Het is tegen die achtergrond niet aan de partijen en aan de rechter in deze procedure om exact in kaart te brengen welke belangen daar kunnen of moeten worden afgewogen. Private partijen – zoals RDS – hebben zich uiteindelijk te voegen naar het beleid dat de diverse Staten maken.¹⁰¹
123. Het valt ook niet in te zien hoe de belangenafweging die art. 2 en 8 EVRM vereisen door een private partij zoals RDS zou kunnen worden gemaakt. Dat geldt in het bijzonder in de gevallen waarin op grond van art. 2 en 8 EVRM positieve verplichtingen voor Staten worden afgeleid. Het EVRM strekt tot vaststelling van de verplichting die een Staat heeft jegens de ingezetenen op *zijn* grondgebied en dat betekent dat ook de belangenafweging daarop betrekking heeft.
124. Daar zit een ander kernverschil tussen deze zaak en de Urgenda-zaak: in Urgenda ging het heel specifiek om de verplichtingen van de Nederlandse Staat ten opzichte van *zijn* ingezetenen. De Staat kan de noodzakelijke belangenafweging voor zijn territorium wel maken, en kon daarop volgens de rechter in Urgenda ook worden aangesproken. Bij

⁹⁹ CvA, onderdeel 2.2.3.2 en **Productie RK-33**, IEA, World Energy Outlook 2019, hoofdstuk 10.

¹⁰⁰ Pleitaantekeningen Deel I RDS, randnummer 8(c).

¹⁰¹ De noodzaak voor Staten om belangenafweging te maken wordt expliciet erkend bij instrumenten zoals de UN Guiding Principles, zoals RDS hiervoor bij de bespreking daarvan heeft aangestipt.

het vaststellen van de maatregelen komt aan Staten volgens het EHRM volgens ook ruime beleidsruimte toe.¹⁰²

125. De reikwijdte van de vorderingen van Milieudefensie c.s. gaat echter veel verder, want in dit geval wordt RDS als topholding aangesproken voor de activiteiten die haar dochtermaatschappijen in tientallen landen wereldwijd uitvoeren en de CO₂-uitstoot van de gebruikers van producten van Shell wereldwijd. Zoals RDS al toelichtte, verschillen de omstandigheden van land tot land en dus ook in de landen waarin de Shell groep actief is. Met die verschillende omstandigheden zal dan ook rekening moeten worden gehouden. Vanwege de beleidsruimte die Staten hebben, mogen zij ook met zulke verschillen in omstandigheden rekening houden, onder meer bij de vraag in welk tempo in de diverse landen de reductie van CO₂-emissies plaatsvindt en hoe de verantwoordelijkheden voor de maatregelen om daar te komen worden verdeeld.
126. Dat bevestigt nog eens dat de belangenafweging in relatie tot art. 2 en 8 niet door een private partij RDS kan worden gemaakt en dus ook niet van RDS kan worden geveerd. Los daarvan heeft Milieudefensie c.s. niet aangetoond dat de belangenafweging in alle landen waarin Shell vennootschappen actief zijn op dezelfde manier uitpakt, en dat voor de activiteiten van de Shell groep in al die landen dus tot een reductieverplichting zou leiden, en dat de omvang van een eventuele reductieverplichting in al die landen vervolgens ook steeds gelijk is. Dat staat op zichzelf aan toewijzing van de vorderingen in de weg.

5.3.3 Tot besluit: Urgenda

127. Urgenda heeft ook nog om een andere reden niet de door Milieudefensie c.s. betoogde betekenis voor deze zaak. De positieve verplichting die op de Staat rust om op grond van art. 2 en 8 EVRM reductiemaatregelen te nemen, wordt door het hof en de Hoge Raad in Urgenda gekoppeld aan het voorzorgsbeginsel dat staten in acht hebben te nemen. Het voorzorgsbeginsel brengt mee dat staten gehouden kunnen zijn op grond van art. 2 en 8 EVRM preventieve maatregelen te nemen, ook als nog geen (volstrekke) zekerheid

¹⁰² Zie ook CvA, onderdeel 7.6.3.

bestaat dat een gevaar zich zal verwezenlijken. Die maatregelen moeten effectief, proportioneel en non-discriminatoir zijn.¹⁰³ Staten moeten, met andere woorden, gelet op het voorzorgsbeginsel het zekere voor het onzekere nemen, ook als dat veel van staten vraagt of dat betekent dat "veeleer verdergaande maatregelen moeten worden genomen om de uitstoot van broeikasgassen terug te brengen, dan minder vergaande maatregelen".

128. Dit past bij de rol van staten hebben in een democratische rechtsstaat. Op staten rust een bijzondere en vergaande verplichting om de mensenrechten van burgers effectief te beschermen. Deze bijzondere verplichting brengt mee dat ook als maatregelen niet aangewezen lijken vanwege een gebrek aan zekerheid dat een bepaald gevaar zich zal verwezenlijken of dat maatregelen daartegen doeltreffend zullen zijn, staten daartoe toch gehouden kunnen zijn. Dat is inherent aan de bijzondere positie van de staat, die daartoe ook over een bijzondere macht beschikt omdat zij de daarvoor benodigde reguleringskracht bezit. Een private partij als RDS heeft deze macht juist niet.

5.4 Ook de *soft law* instrumenten die Milieudefensie c.s. aanhaalt brengen geen juridische verplichtingen mee voor RDS

129. Milieudefensie c.s. beroept zich niet alleen op het EVRM, maar ook op *soft law* instrumenten zoals de UN Guiding Principles.
130. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen internationale verdragen zoals het EVRM waaraan de Nederlandse Staat is gebonden, en instrumenten die die status niet hebben, zoals de UN Guiding Principles en de andere bronnen van *soft law* waar Milieudefensie c.s. een beroep op doet.¹⁰⁴ Die UN Guiding Principles onderkennen dat ook, waar zij juist verwijzen naar de "*States' existing obligations to respect, protect and fulfil human rights and fundamental freedoms*", en daarbij expliciet vermelden dat "[n]othing in these Guiding Principles should be read as creating new international law obligations, or as limiting or undermining any legal obligations a State

¹⁰³ CvA, randnummer 640.

¹⁰⁴ Dagvaarding, hoofdstuk X.5-X.8.

may have undertaken or be subject to under international law with regard to human rights".

131. De aard van de bepalingen in zulke instrumenten is juist dat zij niet juridisch bindend zijn en ook niet zo bedoeld zijn.¹⁰⁵ De formulering van de verschillende instrumenten bevestigt nog eens duidelijk dat zij geen juridische verplichtingen creëren. In de UN Guiding Principles wordt bij Staten gesproken over "obligations to respect, protect and fulfil human rights". Maar waar de rol van het bedrijfsleven wordt beschreven, gaat het in bijvoorbeeld principe 13 over "responsibility" van het bedrijfsleven. En anders dan bij de Staat gaat het niet om "respect, protect and fulfil", maar alleen om "to respect". Een artikel over de UN Guiding Principles geeft goed weer wat hiermee tot uitdrukking wordt gebracht.

"According to international law, the duty to respect requires that actors 'refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment' of human rights. This 'entails the prohibition of certain acts that may undermine the enjoyment of rights.' Put more succinctly, it obligates actors "not to commit violations themselves." However, under the Guiding Principles, a further key distinction is drawn between obligation and responsibility. The responsibility to respect human rights 'means that business enterprises should act with due diligence to avoid infringing on the rights of others and to address adverse impacts with which they are involved.' Yet the term responsibility, as opposed to duty or obligation, is intended to indicate 'that respecting rights is not currently an obligation that international human rights law generally imposes directly on companies, although elements of it may be reflected in domestic laws'".¹⁰⁶ (voetnoten weggelaten, advocaten).

132. Ook Ruggie, de opsteller van de UN Guiding Principles, onderstreept dat in het artikel dat Milieudefensie c.s. recent heeft overgelegd.¹⁰⁷ Hij

¹⁰⁵ Zie de bronnen genoemd in CvA, randnummer 649-650.

¹⁰⁶ Robert C. Blitt, *Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance*, Texas International Law Journal 48/1, p. 43-44. Ook digitaal beschikbaar op: <https://respect.international/wp-content/uploads/2017/09/Beyond-Ruggie.pdf>.

¹⁰⁷ Productie MD-273.

schrijft met zoveel woorden dat instrumenten als deze niet op zichzelf een juridisch bindende oplossing zijn. Hij wijst er ook op dat nationale omstandigheden en regelgeving zo enorm verschillen dat harmonisatie van regels op een manier die praktisch zin heeft niet haalbaar is.¹⁰⁸

133. Daar komt nog bij dat de UN Guiding Principles ook onderkennen dat verantwoordelijkheden van Staten verder gaan, en van hele andere aard zijn, dan acties die ondernemingen kunnen nemen.
134. RDS wijst allereerst naar de toelichting op principe 8 van de UN Guiding Principles, dat gaat over "*ensuring policy coherence*". Daarin staat bijvoorbeeld het volgende te lezen.

"There is no inevitable tension between States' human rights obligations and the laws and policies they put in place that shape business practices. However, at times, States have to make difficult balancing decisions to reconcile different societal needs. To achieve the appropriate balance, States need to take a broad approach to managing the business and human rights agenda, aimed at ensuring both vertical and horizontal domestic policy coherence."

135. Staten zullen dus verschillende maatschappelijke belangen moeten afwegen en kunnen die afweging ook maken, maar dat geldt niet voor ondernemingen.
136. Het verschil tussen de positie van Staten en ondernemingen wordt verder treffend samengevat in een artikel over de UN Guiding Principles:

¹⁰⁸ In onder meer hoofdstuk 6: "*At the same time, creating an overarching legal regime, whether within human rights law as the current Ecuador and South Africa led initiative has framed it, or some other framing, seems highly implausible, not only on political but also on sheer logical grounds. It would involve harmonizing aspects of often vastly different bodies of national, sub-national and international law – for starters, investment law, trade law, corporate law and securities regulation, tax laws, consumer protection law, labor law, anti-discrimination law, other areas of human rights law, and criminal law, and impinge on underlying conceptions of property rights and private contracts. The point is not that these are unrelated, but that they embody such extensive problem diversity, institutional variations, and conflicting interests, not only across states but even within them, that any attempt to aggregate them into a general treaty, a global constitutional order of sorts, would have to be pitched at such a high level of abstraction that it would be without practical meaning.*"

"There are two things the SRSG's Guiding Principles do not accomplish. First, as is evident from the title, the principles do not aspire to create binding international law or impose obligations on TNCs [Transnational Corporations, waarop de UN Guiding Principles zich richten, advocaten]. Rather, its 'normative contribution lies ... in elaborating the implications of existing standards and practices for States and businesses; integrating them within a single, logically coherent and comprehensive template; and identifying where the current regime falls short and how it should be improved.' Similarly, the Guiding Principles do not offer a plug-and-play 'tool kit' for identifying corporate human rights responsibilities. Instead, they proffer a sliding-scale approach for corporations based on their size and, ostensibly, their location. In the words of the report, 'When it comes to means for implementation ... one size does not fit all.'

Inherent in the SRSG's approach is a rejection—to the relief of many corporate boardrooms—of what he labels the 'advocacy community's' attempt 'to lay on business itself all manner of responsibility for social outcomes.' The purpose, therefore, of the Guiding Principles is to 'clearly differentiate the respective roles of businesses and governments and make sure that they both play those roles.' In other words, while government retains the exclusive responsibility for protecting and fulfilling human rights obligations, the litmus test for corporations under the Guiding Principles only inquires whether business enterprises respect human rights."¹⁰⁹

(Onderstreping toegevoegd en voetnoten met verwijzingen naar uitspraken van Professor Ruggie en de toelichting op de UN Guiding Principles zijn in het citaat weggelaten, advocaten).

¹⁰⁹ Robert C. Blitt, *Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance*, Texas International Law Journal 48/1, p. 43-44. Ook digitaal beschikbaar op: <https://respect.international/wp-content/uploads/2017/09/Beyond-Ruggie.pdf>.

137. Dat brengt RDS op de vraag van de rechtbank naar aanleiding van de UN Guiding Principles. Die vraag vermeldde dat "*RDS zich heeft gecommiteerd aan de UN Guiding Principles*". Voordat RDS de vraag beantwoordt, acht zij het nuttig om het citaat uit de dagvaarding aan te halen waarop Milieudefensie c.s. zich heeft beroepen:

"We are committed to respecting human rights. Our human rights policy is informed by the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and applies to all our employees and contractors" (onderstreping toegevoegd, advocaten).

138. RDS heeft aangegeven dat zij "*committed is to respecting human rights*". Hier brengt "*committed*" tot uitdrukking dat zij toegewijd is aan het respecteren van mensenrechten. RDS heeft daarmee niet gezegd dat zij zich juridisch gebonden acht aan de UN Guiding Principles. "Gecommiteerd aan" is dus sterker uitgedrukt dan de uitlatingen van RDS zelf over de UN Guiding Principles. Dat maakt de UN Guiding Principles vanzelfsprekend niet betekenisloos: zo heeft RDS aangegeven op specifieke terreinen, overigens niet specifiek met betrekking tot het klimaat, dat haar handelen "*informed*" is door onder meer de UN Guiding Principles. RDS brengt dat op allerlei manieren in de praktijk. Zo heeft RDS uitgesproken zij de invloed van haar activiteiten op diegenen die daar dichtbij wonen "*manage[s] [...] in line with*" de UN Guiding Principles.¹¹⁰ Daartoe zijn bijvoorbeeld bij omvangrijke activiteiten en projecten zogeheten "*community feedback mechanisms*" ingevoerd. Op basis daarvan kunnen omwonenden zich bij Shell melden met vragen en klachten, zodat Shell zulke vragen en klachten kan volgen en daarop kan reageren.
139. Onjuist is dan ook de stelling van Milieudefensie c.s. dat de "zelf gekozen binding" van RDS in de weg staat aan het verweer dat van de UN Guiding Principles geen juridische binding uitgaat.¹¹¹ RDS heeft zich immers nu juist niet aan de UN Guiding Principles "gebonden".

¹¹⁰ Productie RK-31, Shell, Sustainability Report 2019, p. 20. Zie bijvoorbeeld ook <https://www.shell.com/sustainability/transparency/human-rights.html#iframe=L3dIYmFwcHMvU3VzdGFpbmFiaWxpdHlfcmlVwb3J0XzlwMTkv> (laatst geraadpleegd op 16 december 2020).

¹¹¹ Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 61.

140. Aan de UN Guiding Principles en de andere *soft law* bronnen waarop Milieudefensie c.s. een beroep doet, kan ook geen betekenis of gewicht worden toegekend bij het invullen van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. In de eerste plaats zijn de bepalingen in deze *soft law* instrumenten dermate algemeen verwoord, dat zij geen rol van betekenis kunnen spelen bij de invulling van open normen. Voor zover Milieudefensie c.s. naar literatuur verwijst waaruit zou volgen dat daarvoor wél plaats is, zien ook die auteurs eraan voorbij dat deze bepalingen veel te algemeen zijn om van enige betekenis te zijn bij de *invulling* van de open norm van art. 6:162 BW. Milieudefensie c.s. stelt dat *soft law* bij uitstek geschikt is daar waar "dwingende en duidelijke rechtsregels ontbreken" en de rechter behoefte zal hebben aan "objectieve aanknopingspunten".¹¹² Welk objectief aanknopingspunt uit de door Milieudefensie c.s. aangehaalde UN Guiding Principles of andere *soft law* bronnen zou volgen, zegt Milieudefensie c.s. niet. De UN Guiding Principles bevatten hele algemene aanbevelingen om mensenrechten respecteren.
141. In de tweede plaats gaat ook het beroep van Milieudefensie c.s. op een aantal Nederlandse uitspraken niet op.¹¹³ Milieudefensie c.s. meent dat daarin een ontwikkeling waar te nemen is dat niet bindende regels meer en meer beslissende invloed hebben bij de invulling van open normen. Volgens Milieudefensie c.s. kan hieruit ook worden afgeleid dat aan *soft law*, kort gezegd, een zwaar gewicht moet worden toegekend bij belangenafweging van de rechter in het kader van zijn onrechtmatigheidsoordeel. Milieudefensie c.s. gooit echter zelfregulering in specifieke branches of sectoren op één hoop met algemene richtlijnen die zijn opgesteld vanuit het oogpunt van het voorkomen van mensenrechtenschendingen. Het gaat in de uitspraken die Milieudefensie c.s. aanhaalt, steeds om concrete voorschriften die zijn opgesteld door een brancheorganisatie of vergelijkbare organisatie. De UN Guiding Principles en de andere *soft law* bronnen die Milieudefensie c.s. aanhaalt, zijn van een wezenlijke andere aard en inhoud. Het gaat daar immers om algemene, niet nader geconcretiseerde aanbevelingen om mensenrechte te

¹¹² Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 63.

¹¹³ Zie Pleitnotitie 6 Milieudefensie c.s., randnummer 69-72.

respecteren, die bovendien van een internationale organisatie afkomstig zijn. Daaruit zijn geen concrete voorschriften af te leiden waaraan bedrijven zouden moeten voldoen, ook niet over de band van de open norm van art. 6:162 BW.

6 ALS DE NGO'S WORDEN GEACHT ALLEEN VOOR NEDERLANDSE INGEZETENEN OP TE KOMEN, KAN VAN RDS GEEN WERELDWIJDE MAATREGEL WORDEN GEVERGD

142. RDS heeft bestreden dat de NGO's ontvankelijk zijn in hun vorderingen, omdat zij stellen op te komen voor de belangen van de wereldbevolking en daarom geen sprake is van voldoende gelijksoortige belangen als bedoeld in art. 3:305a BW. In reactie op dat verweer hebben de NGO's de bakens verzet en het standpunt ingenomen dat zij primair voor de wereldbevolking opkomen en subsidiair voor de belangen van uitsluitend de Nederlandse ingezetenen.¹¹⁴ Als de rechtbank het primaire standpunt van de NGO's verwerpt, maar het subsidiaire standpunt zou aanvaarden, dan betekent dat dat de NGO's uitsluitend nog opkomen voor de belangen van de Nederlandse ingezetenen. Dat werpt ook een geheel ander licht op de vorderingen van de NGO's en de particuliere eisers (die immers allen Nederlandse ingezetenen zijn en daarmee een belang dat gelijk is aan het belang waarvoor de NGO's in dit geval opkomen). De vorderingen richten zich immers op het beleid van RDS ten aanzien van de wereldwijde emissies van de Shell groep en hebben als grondslag dat toewijzing daarvan nodig is om het gevaar van klimaatverandering wereldwijd te voorkomen.

143. De verschuiving in focus van de hele wereldbevolking naar de Nederlandse ingezetenen heeft belangrijke gevolgen voor de toepassing van de Kelderluikfactoren. Of sprake is van onrechtmatige gevaarstelling, moet immers worden bekeken in het licht van de omstandigheden van het geval, waaronder belangen die bescherming behoeven. In dit geval worden die omstandigheden dus beperkt tot louter de belangen van de Nederlandse ingezetenen en voor zover die omstandigheden zich op het Nederlands territorium voordoen. De kans

¹¹⁴ Zie ook de rolbeslissing van 4 december 2020, waarin de rechtbank de positie van de NGO's op dit punt in onder meer r.o. 1.1 heeft samengevat.

op schade en de aard en ernst ervan als gevolg van het handelen van RDS moet dus in het licht van die Nederlandse belangen en omstandigheden worden bekeken, en vervolgens worden afgezet tegen de bezwaarlijkheid en gebruikelijkheid van de van RDS gevraagde voorzorgsmaatregelen. Milieudefensie c.s. heeft niet gesteld en in ieder geval niet onderbouwd dat reeds met het oog op bescherming van Nederlandse belangen, van RDS een wereldwijde maatregel kan worden gevergd.

144. Hoewel klimaatverandering ook in Nederland en dus voor de Nederlandse ingezetenen risico's kan meebrengen, is de kans op schade en de aard, ernst en omvang daarvan uiteraard niet vergelijkbaar met de schade die zich elders ter wereld zou kunnen voordoen. De Nederlanders vormen daarnaast slechts een fractie van de totale wereldbevolking. RDS heeft ten aanzien van Nederland met name twee risicofactoren besproken: hittestress en zeespiegelstijging. Voor beide risico's geldt dat adaptatie mogelijk is. Dat is een relevante factor voor de beoordeling van de vraag of de wereldwijde maatregel die gevorderd wordt, toewijsbaar is. Het antwoord op dit vraag is nee. Dat geldt voor zover de NGO's op kunnen komen voor de belangen van de wereldbevolking, maar het geldt a fortiori voor zover de NGO's slechts kunnen opkomen voor de belangen van de Nederlandse ingezetenen. De vorderingen richten zich op de emissies die zijn verbonden aan de wereldwijde activiteiten van de Shell groep. De voor RDS uiterst bezwaarlijke maatregel die wordt gevorderd, is afgezet tegen de relevante belangen van de Nederlandse ingezetenen niet gerechtvaardigd.

* * * * *
