

# VU Research Portal

## Milieudefensie versus Shell; een verkenning

Smeehuijzen, JL

### ***published in***

Nederlands Juristenblad  
2018

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Smeehuijzen, JL. (2018). Milieudefensie versus Shell; een verkenning. *Nederlands Juristenblad*.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Milieudefensie versus Shell; een verkenning

Floor Fleurke & Lodewijk Smeehuijzen<sup>1</sup>

Met de aansprakelijkstelling door Milieudefensie van Shell, is in Nederland het denken over juridische verantwoordelijkheden van oliegi-ganten ten aanzien van klimaatschade niet langer een theoretische exercitie. In deze bijdrage worden drie onderwerpen besproken die, als het tot een inhoudelijke behandeling van de zaak zou komen, een centrale rol zullen spelen. Ten eerste is relevant of er nationaal of Europees overheidshandelen valt aan te wijzen dat voor Shell een soort 'vrijwarende functie' heeft. Ten tweede is er de vraag of de civiele rechter over kwesties als deze kan en moet oordelen. Het derde onderwerp is de inhoudelijke, aansprakelijkheidsrechtelijke kant van de zaak: welke punten zal de rechter in overweging nemen bij beantwoording van de vraag of Shell al dan niet handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid van art. 6:162 lid 2 BW?

## 1. Inleiding

Bij brief van 4 april 2018 schreef Milieudefensie aan Shell dat zij haar aansprakelijk houdt voor veroorzaking van wereldwijde klimaatschade en ondermijning van de doelstellingen van het klimaatakkoord van Parijs.<sup>2</sup> Milieudefensie verlangt van Shell dat zij haar bedrijfsactiviteiten en investeringsbeslissingen in overeenstemming brengt met de mondiale klimaatdoelstelling.

Zet men de feiten op een rij, dan is in termen van gevaarstelling die stelling op het eerste gezicht zo gek nog niet. Door de menselijke uitstoot van broeikasgassen treedt klimaatverandering op. Bij een temperatuurstijging van meer dan 2 °C ten opzichte van het pre-industriële niveau ontstaat een zeer gevaarlijke situatie voor de mensheid en het milieu. Dat is inmiddels bij herhaling door verschillende gezaghebbende instellingen vastgesteld. In een civiele procedure is het daarmee, anders dan in de politiek, nauwelijks betwistbaar.

Shell draagt met zijn activiteiten wezenlijk bij aan het ontstaan van een te hoge concentratie van broeikasgassen in de atmosfeer. Waar het klimaatakkoord van Parijs vereist dat het grootste deel van de olie- gas- en steenkolenvoorraad in de grond blijft, is het beleid van Shell juist gericht op exploitatie van die voorraad. Shell gaf bij monde van haar topman nog in 2016 te kennen: 'Ik pomp alles op wat ik kan oppompen om aan de vraag te voldoen'.<sup>3</sup>

Shell veroorzaakt, met andere woorden, een gevaarlijke situatie voor huidige en toekomstige generaties. Welbeschouwd ligt dan een beroep op het aansprakelijkheids-

recht voor de hand: 'U brengt met uw handelen ons en onze kinderen in gevaar; wilt u daarmee ophouden?' Maar een eenvoudige kwestie is dit natuurlijk niet. Wij bespreken in deze bijdrage drie thema's die naar onze verwachting, als het tot een inhoudelijke behandeling van de zaak zou komen, een centrale rol zullen spelen.

Het eerste thema is vergunningverlening; heeft een actor van de overheid toestemming een bepaalde activiteit te ondernemen, dan is onder omstandigheden de rechtmatigheid van die activiteit gegeven. De civiele rechter kan dat oordeel niet 'overrulen' door het gedrag in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid te oordelen. Vereist is dan wel dat de vergunningverlenende autoriteit een expliciete afweging van alle betrokken belangen heeft gemaakt. De vraag is of Shell zich op de legitimerende werking van vergunningverlening kan beroepen.

Het tweede thema is de rolverdeling tussen wetgever en civiele rechter. De typische aansprakelijkheidsrechtelijke procedure speelt tussen individuele burgers. Over het algemeen strekt de maatschappelijke impact van het oordeel van de rechter nauwelijks verder dan het directe belang van partijen. Met de onderhavige zaak is dat anders. De vordering van Milieudefensie dient het algemeen belang. Op zichzelf is het mogelijk in een collectieve actie voor een dergelijk belang op te komen. Toch is de vraag of deze problematiek bij de civiele rechter of bij de politiek thuishoort.

Het derde thema is de inhoudelijke, aansprakelijkheidsrechtelijke kant van de zaak. Normaal gesproken wordt in het aansprakelijkheidsrecht schade veroorzaakt

door één of hooguit een handvol partijen. Met klimaat-schade is dat anders. Vrijwel iedereen is schuldig; vrijwel iedereen leeft op te grote CO<sub>2</sub>-voet. Wie bijdraagt aan een probleem waar vele anderen evenzeer aan bijdragen, handelt minder snel onrechtmatig. Bovendien veroorzaakt de dader die onderdeel vormt van een massa, een beperkt deel van de schade. Complicaties dus, zowel op het terrein van vestiging als omvang van aansprakelijkheid. Tot zover de drie thema's.<sup>4</sup> Wij laten ons er in dit stuk niet over uit of de vordering van Milieudefensie moet worden toe- of afgewezen; het is slechts een terreinverkenning. Te beginnen met de context en reikwijdte.

## 2. Context en reikwijdte van de zaak

Er bestaat inmiddels internationale consensus dat klimaatverandering een ernstige bedreiging vormt voor de menselijk samenleving.<sup>5</sup> Gedacht kan worden aan bedreigingen zoals droogte, watertekorten, hittegolven, stormen, infectieziektes, aantasting van ecosystemen, zeespiegelstijgingen en overstromingen.<sup>6</sup>

Het is dan ook niet verwonderlijk dat *global climate litigation* een vlucht heeft genomen.<sup>7</sup> De meeste van deze zaken zijn er op gericht overheden aan te zetten tot het voeren van een meer ambitieus en effectief klimaatbeleid. Het meest aansprekende voorbeeld hiervan is de Urgenda zaak waarin op 24 juni 2015 de Nederlandse staat werd opgedragen de uitstoot van broeikasgassen in 2020 met 25% te verminderen ten opzichte van 1990.<sup>8</sup> Recentelijk is er bovendien ook een trend te signaleren van zaken waarin een duidelijke link wordt gelegd tussen de impact van het onttrekken van grondstoffen en de effecten van klimaatverandering. Een derde type zaak betreft het vaststellen dat bepaalde emissies een oorzakelijk verband hebben met bepaalde effecten van klimaatverandering.<sup>9</sup>

In deze zaken komt het Akkoord van Parijs naar voren als een nieuw ankerpunt. Het akkoord van Parijs integreert nationale verplichtingen (INDCs/NDc) in een internationale verbindende overeenkomst onder het *United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)* met

als gemeenschappelijke doelstelling dat de opwarming van de aarde beperkt blijft tot 1,5 of 2 graden Celsius ten opzichte van het pre-industriële niveau.<sup>10</sup> Hoewel het Akkoord geen specifieke doelstellingen voorschrijft aan Partijen, bepaalt artikel 3 wel dat Partijen geacht worden een progressief beleid te voeren. Hieruit volgt dat a. landen zich niet meer kunnen verschuilen achter hun relatief geringe mondiale uitstoot, en b. er ten minste van een 'stand-still situatie' moet worden uitgegaan.

Na de tijdelijke euforie van het tot stand komen van het Akkoord zijn inmiddels twee onrustbarende zaken duidelijk geworden. Ten eerste zijn wetenschappers het erover eens dat de doelstelling te beperkt is om de gevaarlijke effecten van klimaatverandering te doen keren, en ten tweede is eveneens duidelijk dat we bij lange na niet op de juiste koers zitten om de doelstelling van Parijs te halen.

Ook Milieudefensie beroept zich in haar brief op de doelstellingen van Parijs, en claimt dat met haar huidige bedrijfsactiviteiten en bedrijfsstrategie Shell blijft bijdragen aan een wereld die met meer dan 2 °C zal opwarmen. Om die reden stelt Milieudefensie Shell aansprakelijk voor haar substantiële bijdrage aan klimaatverandering en de schade die hieruit voortvloeit jegens Milieudefensie en het maatschappelijk belang waarvoor Milieudefensie opkomt.

Milieudefensie wijst op een recente wetenschappelijke studie waaruit blijkt dat Shell bij de veertien olieproducenten hoort van de twintig grootste individuele bedrijven die een de toename van CO<sub>2</sub> hebben veroorzaakt in de atmosfeer in de periode van 1980-2010.<sup>11</sup> Milieudefensie berekende dat maar liefst 1,6% van de gemeten temperatuurstijging en 1,4% van de gemeten zeespiegelstijging op de bedrijfsactiviteiten van Shell zijn terug te voeren.

Shell is als geen ander op de hoogte van de effecten van CO<sub>2</sub>-uitstoot op het klimaat. In 1986 publiceert Shell een rapport 'The Greenhouse effect' waarin het causale verband wordt gelegd tussen productie en verbranding van fossiele brandstoffen en de opwarming van de aarde, en de significante gevolgen daarvan.<sup>12</sup> In 1991 brengt

### Auteurs

1. Mr. dr. F.M. Fleurke is UHD Europees milieurecht aan de Universiteit van Tilburg en prof. mr. J.L. Smeehuijzen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

### Noten

2. Brief Vereniging Milieudefensie aan Royal Dutch Shell van woensdag 4 april 2018, aansprakelijkstelling voor gebrekkig klimaatbeleid, <https://milieudefensie.nl/actueel/aansprakelijkstelling-shell>.  
3. [www.youtube.com/watch?v=DkJAMGeELLY&t=2s](http://www.youtube.com/watch?v=DkJAMGeELLY&t=2s).  
4. Wij pretenderen niet alle relevante vraagstukken te bespreken. Een brede ontsluiting van de thematiek, ook vanuit internationaal perspectief, biedt: M. Faure & M. Peeters (red.), *Climate Change Liability*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, met daarin o.a.

een bijdrage van Chris van Dijk over het Nederlandse recht ('Civil Liability for Global Warming in The Netherlands', p. 206).  
5. Zie de verschillende VN-documenten waar klimaatverandering gezien wordt als een aantasting van mensenrechten: Resolutie 10/4 of the UN Human Rights Council on Human rights and climate change, 25 maart 2009; UN Human Rights Council, *Report of the Human Rights Council on its tenth session (A/HRC/10/29)*, 9 november 2009, p. 11-13; UN office of the high commissioner for human rights, *Key Messages on Human Rights and Climate Change 2015* (te vinden via: [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)); UN Human Rights Council Resolution 26/27, Human rights and climate change (A/HRC/26/L.33/Rev.1), 27 juni 2014. Zie ook de Geneva Pledge for Human Rights in Climate Action, 9 februari 2015, Genève, die door veel EU landen – waaronder

Nederland – is ondertekend.

6. Uitgebreid over de gevolgen van klimaatverandering: *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Core Writing Team, R.K. Pachauri & L.A. Meyer (eds.), IPCC 2014, Genève.  
7. *The Status of Climate Change Litigation. A Global Review*, United Nations Environment Programme, mei 2017, [unep.org](http://unep.org).  
8. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336, m.nt. Backes, r.o. 4.26.  
9. M.B. Gerrard & M. Wilensky, 'The role of the national courts in GHG emissions reductions', in: D.A. Farber & M. Peeters (eds.), *Climate Change Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2016, p. 359, 369; S. van Renssen, 'News feature: courts take on climate chan-

ge', *Nature Clim Change*, 2016/6, p. 655-656.

10. Conference of the Parties Twenty-first Session, U.N. Framework Convention on Climate Change, Paris Agreement, art. 3, par. 2, U.N. Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1 [hereinafter Paris Agreement] (12 december 2015) (specifying temperature thresholds basic to Agreement's objectives), id. art. 3 para. 3 (parties shall undertake increasingly stringent nationally determined contributions to mitigation).  
11. B. Ekwurzel, J. Boneham, M.W. Dalton et al., 'The rise in global atmospheric CO<sub>2</sub>, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers', *Climatic Change* 2017/144, p. 579. Opvallend is dat de auteurs expliciet opmerken met hun stuk een bijdrage te willen leveren aan *climate litigation*.  
12. *Supra* n. 2 Brief Milieudefensie, p. 5.



Shell de voorlichtingsfilm 'Climate for Concern' uit over de gevaren van klimaatverandering. De film sluit af met de vaststelling dat 'nu actie ondernemen de enige zekerheid is die we hebben.'<sup>13</sup> Shell richt in 1998 een nieuwe bedrijfstak *Shell International Renewables* op en stelt in de daaropvolgende jaren in duurzaamheidsrapporten dat klimaatverandering het noodzakelijk maakt dat het bedrijf niet alleen zijn eigen uitstoot aanpakt maar dat het ook de emissies van zijn klanten moet aanpakken. Shell uit het voornemen om in te zetten op wind, zon, waterstof, biobrandstoffen en Carbon Capture Storage (CCS).<sup>14</sup>

Milieuedefensie stelt dat Shell sinds 2007 een U-turn heeft gemaakt, de investeringen in duurzame energie heeft afgebouwd en juist is gaan investeren in de meest vervuulende en meest CO<sub>2</sub>-intensieve onconventionele fossiele brandstoffen zoals teerzandolie, schalieolie en schaliegas.<sup>15</sup> In 2009 geeft Shell aan niet meer te investeren in windenergie, zonne-energie en waterstof maar zich te concentreren op fossiele brandstof, en is daarmee in 2009 het meest CO<sub>2</sub>-intensieve oliebedrijf van de wereld.<sup>16</sup>

### 3. 'Vrijwarende werking' overheidshandelen

Bij beantwoording van de onrechtmatigheidsvraag is allereerst van belang dat Shell haar activiteiten in het zicht van de overheid heeft ontplooid. Het gaat om de productie, verkoop en gebruik van een legaal product, dat ook nog eens zowel op internationaal, Europees en nationaal niveau is gereguleerd. Kan in de houding van de overheid een vorm van toestemming worden gezien? Met name vergunningverlening lijkt op het eerste gezicht relevant te zijn.

Een voorbeeld. In Nederland is Shell Pernis gevestigd, de grootste raffinaderij van Europa en een van de grootste raffinaderijen ter wereld. Voor deze raffinaderij geldt een milieuvergunning waarin onder andere normen zijn opge-

nomen tegen stankhinder, de uitstoot van zware metalen en polycyclische aromatische waterstoffen, voorschriften voor verzurende stoffen en met betrekking tot de uitstoot van zwaveldioxide en fijnstof. De milieuvergunning is vooral gericht op het voorkomen en mitigeren van lokale hinder (stank, luchtkwaliteit). Is met die vergunning de rechtmatigheid van de activiteiten die bijdragen aan klimaat schade van Shell in Pernis gegeven?

Het gaat er volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (*Vermeulen/Lekkerkerker*)<sup>17</sup> om, kort gezegd, of de overheid bij het afgeven van de vergunning de belangen heeft betrokken die de rechter in de civiele zaak moet wegen. Als het inderdaad zo is dat de toets in het kader van de vergunningverlening zich heeft beperkt tot lokale effecten, dan lijkt de vergunning geen 'vrijwarend effect' te hebben wat betreft CO<sub>2</sub>-uitstoot, nu de schadelijke effecten van CO<sub>2</sub>-uitstoot op wereldwijd niveau liggen. Dat brengt ons op aan vergunningverlening verwante overheidsregulering die wél op CO<sub>2</sub> ziet, te weten het Europese Emissiehandelssysteem van de EU (EU EHS).<sup>18</sup> Dat stelsel lijkt op het eerste gezicht toestemming te geven een bepaalde uitstoot te genereren – conform de toegekende (of ingekochte) emissierechten. Ook hier rijst de vraag of de toegewezen rechten op grond van de Europese gereguleerde emissiehandel vrijwaring bieden voor aansprakelijkheid. In de literatuur wordt, indachtig opnieuw *Vermeulen/Lekkerkerker*, aangenomen dat die vrijwarende werking er niet is, nu de belangenafweging bij het opzetten van dat stelsel niet op individueel niveau, maar op macroniveau is geschied.<sup>19</sup>

Er is nog een andere reden waarom die CO<sub>2</sub>-emissierechten waarschijnlijk geen hoofdrol zullen spelen. Het gaat Milieuedefensie niet om de eigen CO<sub>2</sub>-uitstoot van Shell. Het gaat Milieuedefensie 'met name om het terug-

## Kan de overheid geacht worden Shell toestemming te hebben gegeven voor de bedrijfsstrategie en bedrijfsactiviteiten waartegen Milieudefensie zich keert?

dringen van de emissies die het gevolg zijn van het gebruik door derden van de fossiele brandstoffen die Shell produceert en op de markt brengt.<sup>20</sup> Milieudefensie acht Shell gehouden haar olie- en gasproductie af te bouwen en de aan de energieproducten verbonden emissies (scope 3 emissies) naar nul terug te brengen in 2050.

Gegeven die formulering van de vordering zal het er dus met name om gaan of de overheid geacht kan worden, na de thans door Milieudefensie geformuleerde belangen in ogenschouw te hebben genomen, Shell toestemming te hebben gegeven voor de bedrijfsstrategie en bedrijfsactiviteiten waartegen Milieudefensie zich keert. Wij zien zelf het bestaan van een dergelijke toestemming, expliciet of stilzwijgend, niet onmiddellijk.

### 4. Is de civiele rechter het juiste forum?

Het civiele recht gaat in zijn grondvorm over de verhouding tussen burgers onderling. Over het algemeen staan daardoor individuele belangen centraal. Eventueel kunnen in het civiele recht ook collectieve belangen aan de orde komen (denk met name aan de collectieve actie van artikel 3:305a BW). Dat geldt niet alleen voor geldelijke collectieve belangen, maar ook voor bredere maatschappelijke belangen. Het milieu is daar een voorbeeld van.<sup>21</sup>

Er komt evenwel een punt waarop de af te wegen belangen te breed en te algemeen zijn voor beoordeling in een civiele procedure. Voor een deel houdt die beperking verband met het ontwerp van de civiele procedure. De rechter kan niet treden buiten de door partijen gestelde feiten. Dat is problematisch voor een oordeel dat anderen dan alleen die partijen treft. Meer principieel is dat de civiele rechter op enig punt de staatsrechtelijke legitimatie ontbeert om bovenindividuele belangen te wegen. Bij weging van algemene belangen geldt immers het primaat van de wetgever. Het is een nogal radicale stap om de

civiele rechter daar toch bevoegd te achten. Het belangrijkste argument ter rechtvaardiging van die stap, is dat de wetgever in de vervulling van zijn taak evident te kort is geschoten. De rechter repareert dan een soort reguleringsfalen.<sup>22</sup>

Dat is wat Milieudefensie wil dat de rechter hier doet. Zonder precedent is het niet. Het meest illustratieve voorbeeld is de asbestproblematiek.<sup>23</sup> Asbest is vanaf de oorlog tot begin jaren tachtig op grote schaal gebruikt in gebouwen en installaties. Tot die tijd was het niet verboden. De overheid promootte zelfs het gebruik van asbest, hoewel al in de jaren dertig risico's aan het licht kwamen. Ook toen eind jaren zestig over die gevaren geen redelijke twijfel meer kon bestaan, bleef een verbod uit. Vervolgens werd de civiele rechter vanaf de jaren negentig door asbestslachtoffers en hun weduwen voor de vraag gesteld of asbestblootstelling door werkgevers in de jaren zestig onrechtmatig was. De Hoge Raad oordeelde van wel. Als een burger (of een bedrijf) weet dat sprake is van een gevaarlijke stof, dan heeft hij zijn medeburger niet aan die stof bloot te stellen, ook niet als die stof niet verboden is of zelfs van overheidswege wordt gepropageerd.

Niet alleen de juridische parallel met asbest is interessant. Reurs schrijft in een politieke analyse van de geschiedenis van het asbestverbod: *'Tussen het vaststellen van het kankerrisico van asbest in de jaren vijftig en het asbestverbod van 1 juli 1993 lagen bijna 40 jaar. Die aanzienlijke vertraging was voor een belangrijk deel het gevolg van de maatschappelijke en politieke benadering van het gevaar van asbest, die bekend staat als 'polderen.' (...):'*<sup>24</sup> Ook in het kader van CO<sub>2</sub>-uitstoot spelen politieke factoren die tijdige effectieve besluitvorming frustreren. Mondialisering heeft ervoor gezorgd dat we afhankelijk zijn van internationaal optreden om milieu en de menselijke soort te beschermen maar duidelijk is dat dit te langzaam gaat en onderhevig is aan geopolitieke overwegingen. Mondialisering heeft er tegelijkertijd voor gezorgd dat multinationals niet alleen maar grote grensoverschrijdende economische actoren zijn maar dat zij op zijn minst politieke en juridische processen beïnvloeden, en in sommige gevallen zelfs bepalen; er is daarmee sprake van een patstelling in regulering.

Wezenlijke verschillen tussen het remediëren van reguleringsswanprestatie bij asbest en CO<sub>2</sub> zijn er ook. De belangrijkste lijkt dat bij een tijdig verbod door de Nederlandse wetgever in de jaren zestig of zeventig, het hele probleem integraal zou zijn opgelost; zonder asbest geen asbestslachtoffers. Bij CO<sub>2</sub> is dit veel complexer omdat de rechter door optreden niet zozeer het falen van de Neder-

13. *Ibid.*, p. 6.

14. *Ibid.*, p. 10.

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*, p. 11.

17. HR 10 maart 1972, NJ 1972/278 (Vermeulen/Lekkerkerker); HR 21 oktober 2005, NJ 2006/418 (Ludlage/Van Paradijs).

18. Zie uitvoerig over dit thema Michael Faure & Marjan Peeters (eds), *Climate Change and European Emission Trading*, Cheltenham: Edward Elgar 2008.

19. Zie M. Peeters, 'Regulering van kolen-centrales: ruimte voor aansprakelijkheid?', in: E.H.P. Brans e.a., *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 107, in haar conclusie bijgevallen door T. Barkhuysen op p. 206.

20. *Supra* noot 2, brief Milieudefensie,

p. 12.

21. *Kamerstukken II 1991/92*, 22486, 3, p. 22.

22. Zie over deze problematiek uitvoerig, met nadere bronnen, E.R. de Jong, 'Legitimiteitsperspectieven op rechterlijke participatie bij vermeend overheidsfalen', *TGMA*, 2017/3 en L. Enneking & E. de Jong 'Regulering van onzeke risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014/1136, afl. 23.

23. Andere voorbeelden zijn tabak,

Q-korts en gaswinning. Zie nader, met bronnen, E.R. de Jong, 'Legitimiteitsperspectieven op rechterlijke participatie bij vermeend overheidsfalen', *TGMA* 2017/3.

24. B. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 487 e.v.

landse wetgever corrigeert maar die van de internationale gemeenschap. Het is duidelijk dat een nationale rechter zich niet comfortabel voelt bij het oppakken van een rechtsvormende rol die zich over de landsgrenzen heen strekt. Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld of het niet juist de rechter is die als enige onafhankelijke instantie bescherming kan bieden daar waar er een juridisch vacuüm is opgetreden.

Ten tweede is beoordeling eind jaren negentig van gebrekkige asbestregulering over de decennia daarvoor, kinderspel vergeleken met beoordeling nú van gebrekkige CO<sub>2</sub>-regulering voor de toekomst. De asbestcasus had zich eind jaren negentig, in termen van economische en gezondheidsgevolgen, al behoorlijk uitgekristalliseerd. Nieuwe blootstellingen zouden er nog maar heel beperkt komen. De rechter kon de belangen van (toekomstige) slachtoffers, daders en de samenleving als geheel daarvoor redelijk overzien. Dat geldt niet voor CO<sub>2</sub>-uitstoot. Wat de maatschappelijke en macro-economische gevolgen zijn van stringenter CO<sub>2</sub>-regulering, is heel veel moeilijker in te schatten.

Het denken van de rechter over deze laatste punten zal weer beïnvloed worden door zijn appreciatie van de ernst van de dreiging. Percipieert hij de gevolgen van klimaatverandering als een soort 'einde der tijden-gevaar',

## De vraag kan worden gesteld of het niet juist de rechter is die als enige onafhankelijke instantie bescherming kan bieden daar waar er een juridisch vacuüm is opgetreden

dan zal hij zich er minder om bekreunen dat de economische gevolgen van correctief rechterlijk optreden zich beperkt laten becijferen. En dat zijn ingrijpen het probleem niet oplost maar slechts zeer gedeeltelijk verlicht, zal hij dan ook eerder voor lief nemen.

Aldus enkele gedachten over de bevoegdheid – niet per se in de juridisch-technische, maar in de brede zin van het woord – van de civiele rechter.

### 5. Handelt Shell in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid?

#### 5.1. Het beoordelingskader

Wordt het geschil niet afgedaan op een van de hiervoor besproken thema's, dan komt de rechter toe aan de vraag of Shell door niet te handelen zoals Milieudefensie verlangt, handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid. In het algemeen zoekt de rechter bij invulling van de 'maatschappelijke betamelijkheid' van artikel 6:162 BW zo veel mogelijk aansluiting bij objectieve bronnen.<sup>25</sup>

Met name relevant lijken hier (i) rechtspraak van de Hoge Raad, (ii) 'maatschappelijke normontwikkeling' en (iii) de reflexwerking van verdragen.

Rechtspraak van de Hoge Raad verleent steun aan rechterlijke oordeelsvorming bij de invulling van open normen, doordat de Hoge Raad voor bepaalde gevalstypen relevante gezichtspunten formuleert. Het meest informatieve gevalstype van aansprakelijkheid wegens klimaatverandering is hinder. Anders dan geldt voor gevaarstelling, dat naar ons gevoel ten onrechte ook wel als toepasselijk gevalstype wordt gesuggereerd,<sup>26</sup> is kenmerkend voor CO<sub>2</sub>-uitstoot dat de schade in feite willens en wetens wordt toegebracht: men laat zich van zijn activiteit niet weerhouden door de wetenschap dat een ander van die activiteit nadeel ondervindt.

Of het toebrengen van hinder onrechtmatig is, hangt af 'van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer moet worden rekening gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrengende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid, mede gelet op de daaraan verbonden kosten, en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te nemen.'<sup>27</sup> Het gaat hierbij in de kern om een afweging van belangen.

Wij bespreken hierna een aantal punten die in die afweging een rol zullen spelen (1 t/m 5). Vervolgens bespreken wij de betekenis van 'maatschappelijke normontwikkeling' (punt 6) en de 'reflexwerking van verdragen' (punt 7).

#### 5.2 Mogelijke punten van debat

##### 1. De aard, ernst, duur en te verwachte schade

De aard, ernst, duur en te verwachte schade van onvoldoende getemperde CO<sub>2</sub>-uitstoot zijn van een bijna onvoorstelbare omvang.<sup>28</sup> Het gaat om het intreden van een toestand ter afwendig waarvan vrijwel geen prijs te hoog lijkt. Zo snel als die constatering is gedaan, zo wezenlijk is zij voor invulling van de maatschappelijke betamelijkheid; de aard, ernst, duur en te verwachte schade vormen de kern van de toets.

##### 2. Shell is enkel een schakel in een keten

Van de zijde van Shell is over die aard, ernst, duur en te verwachte schade te zeggen dat die gelden voor het totaal van de wereldwijde uitstoot, en dat zij daar maar beperkt aan bijdraagt. CO<sub>2</sub>-uitstoot is een groepsactiviteit. Er draagt een keten van partijen aan bij. Shell pompt op, distilleert en verkoopt; de autofabrikant maakt de motor; de automobilist koopt benzine en gaat rijden. Dat is dan nog een tamelijk eenvoudige voorstelling van zaken. In werkelijkheid zijn er, bijvoorbeeld, ook de investeerders die exploitatie van fossiele brandstoffen financieren. Een van de kernpunten van het verweer van Shell zal zijn: 'wij produceren slechts de fossiele brandstoffen die de maatschappij van ons vraagt'. Waarom zou dat 'u vraagt, wij draaien' onrechtmatig zijn?

Bij beoordeling van dit punt is van belang dat Shell een met die andere partijen die ook bijdragen aan CO<sub>2</sub>-uitstoot, onvergelykbare maatschappelijke positie inneemt. Zou men een hiërarchie van bijdragers aan CO<sub>2</sub>-

uitstoot opzetten, dan zit Shell in de top en de consument onderaan. Partijen in de top kunnen de facto invloed uitoefenen; de individuele consument kan dat niet. Denk alleen al aan wat Milieudefensie nu van Shell vraagt: aanpassing van haar investeringsbeleid. Shell is een van de weinige partijen aan wie een dergelijk verzoek niet betekenisloos is. Het gaat hier om fundamentele vragen over de maatschappelijke verantwoordelijkheid van supergrote multinationale ondernemingen, zoals Shell, om een ramp af te wenden.

### 3. De beperkte bijdrage van Shell aan de totale CO<sub>2</sub>-uitstoot

Naast de verwatering van het Shell-aandeel in de totale uitstoot doordat zij enkel een onderdeel vormt van een keten, is er ook verwatering doordat in het overgrote deel van de ketens die leiden tot CO<sub>2</sub>-uitstoot, Shell überhaupt geen rol speelt. Hoe groot Shell ook moge zijn, haar activiteiten zijn slechts mede oorzakelijk voor een deel van de totale uitstoot van CO<sub>2</sub>. Bij beoordeling van dit tweede punt – Shell is bij het grootste deel van de CO<sub>2</sub>-uitstoot überhaupt niet betrokken – zou het *Kalimijnenarrest*<sup>25</sup> een rol kunnen spelen. Ook daar was sprake van wat we cumulatieve causaliteit noemen: iedere partij veroorzaakt een percentage van de schade. De Franse Kalimijnen droegen voor 10% bij. De Hoge Raad oordeelde hen naar rato van haar bijdrage aansprakelijk. Een vergelijkbare redenering is ook hier voorstelbaar, zeker nu over de bijdragen van de verschillende actoren steeds meer duidelijkheid ontstaat (denk o.a. aan het onderzoek waarin werd vastgesteld dat Shell bij de veertien olieproducenten hoort van de twintig grootste individuele bedrijven die een de toename van CO<sub>2</sub> hebben veroorzaakt in de atmosfeer in de periode van 1980-2010<sup>30</sup>).

### 4. De langdurige bijzondere wetenschap van Shell

Binnen het bijzondere kader van de maatschappelijke verantwoordelijkheid van een supergrote multinational zoals Shell is ook relevant de mate van wetenschap die bij Shell bestaat over de schadelijke effecten van haar handelen. Uit de inleiding bleek dat Shell reeds midden jaren tachtig zelf onderzoek deed naar CO<sub>2</sub>-uitstoot en klimaatverandering. Alleen al de titel van haar film *Climate of Concern* uit 1991 maakt duidelijk dat zij zich al decennia van de risico's indringend bewust is. Dat bewustzijn is van invloed op de voor Shell geldende norm.

### 5. Toewijzing van de vordering zou geen verminderde CO<sub>2</sub>-uitstoot opleveren

Aan de rechtspraak over hinder ligt ten grondslag de veronderstelling dat bij het staken van de litigieuze activiteit, de hinder ophoudt. Dat dat hier zo zou zijn, zal Shell wellicht betwisten. Stel dat zij morgen haar olievelden afstoot

## Partijen in de top kunnen de facto invloed uitoefenen; de individuele consument kan dat niet

en nog uitsluitend investeert in de ontwikkeling van duurzame energie. Wat gebeurt er dan met die olievelden? Worden die dan door anderen geëxploiteerd? Anders gezegd: het is de vraag of toewijzing van de vordering de facto leidt tot vermindering van CO<sub>2</sub>-uitstoot.

Men kan vinden dat als de activiteiten van Shell onaanvaardbaar zijn, het risico dat anderen die onaanvaardbare activiteiten zullen overnemen als Shell er mee stopt, geen reden vormt Shell van die activiteiten te weerhouden. Maar voor het civiele recht is dat een wat moralistische gedachtegang. In het civiele aansprakelijkheidsrecht gaat het om feitelijke gevolgen. Toewijzing van een vordering die de facto niet lijdt tot een verbetering, is problematisch.

Daarom zal noodzakelijk zijn een betoog van de zijde van Milieudefensie met de strekking dat toewijzing van haar vordering tegen Shell wél feitelijk tot vermindering van CO<sub>2</sub>-uitstoot leidt. Bijvoorbeeld: dat olievelden die niet meer door Shell worden geëxploiteerd niet direct zullen worden leeggepompt door anderen – denk bijvoorbeeld aan Groningen.

Of: Shell kan een voortrekkersrol vervullen in de energietransitie; op het moment dat Shell zich terugtrekt uit oliewinning en gaat investeren in duurzame energie, zal dat de energiemarkt ingrijpend vergroenen.

### 6. De belangen die door het handelen van Shell worden gediend

Onderdeel van invulling van de maatschappelijke betamelijkheid vormt ook het gewicht van de belangen die door de hindertoebrengende activiteit worden gediend. In het normale hindergeval wordt gekeken op het niveau van de belangen van de individuele partijen. In de onderhavige zaak beoogt Milieudefensie geen individueel, maar een algemeen belang te dienen. Het ligt daarom voor de hand ook te bezien in hoeverre aan de andere kant de activiteiten van Shell het algemeen belang dienen.

Dat brengt ons bij het punt dat in par. 3 centraal stond: anders dan hij normaal gesproken doet, moet de civiele rechter algemene belangen tegen elkaar afwegen. Te voorzien valt dat dat debat hier breed kan uitwaaiëren.

Denk bijvoorbeeld aan economische en geopolitieke redeneringen. Shell zal wellicht bepleiten dat onvermin-

25. Zie in het algemeen over invulling van de maatschappelijke betamelijkheid Asser/*Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/74 en J.L. Smeehuijzen, 'Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW? Een jurisprudentieonderzoek', Ver-

keersrecht 2017/10.

26. E.H.P. Brans & K. Winterink, 'Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?', in: E.H.P. Brans e.a., *supra* noot 19, p. 121 en Ch. van Dijk, 'Een opgewarmde gepassioneerde Jaap Spier is

een factor van belang, ook in de klimaatdiscussie', in: T. Hartlief & M.C. Faure (red.), *De Spier-bundel*, Wolters Kluwer 2016, p. 262  
27. HR 15 februari 1991, *NJ* 1992/639 (Aalscholwers).

28. In 'Aansprakelijkheid voor klimaatscha-

de: een driekoppige draak', *NTBR* 2018/2 bespreekt T.R. Bleeker het begrip 'klimaat-schade'.

29. HR 23 september 1988, *NJ* 1989/743 (Kalimijnen), m.nt. J.C. Schultz en J.H. Nieuwenhuis.

30. *Supra* noot 11.

## Anders dan hij normaal gesproken doet, moet de civiele rechter algemene belangen tegen elkaar afwegen. Te voorzien valt dat dat debat hier breed kan uitwaaiëren

derde voortzetting van haar huidige activiteiten noodzakelijk is om de samenleving zoals wij die nu kennen draaiende te houden. Nederland marginaliseert zichzelf door, anders dan andere landen bereid zullen zijn te doen, voor zijn welvaart cruciale industrieën te muilkorven. De kans dat de samenleving zich de komende decennia meer duurzaam kan ontwikkelen, neemt alleen maar af. Milieudefensie zal daar het hare tegenover stellen: fossiele brandstoffen zijn *stranded assets*; hun exploitatie is een aflopende zaak. Vanuit macro-economisch perspectief is investeren in duurzame energie superieur.

### 7. De betekenis van het Akkoord van Parijs

Hiervoor bespraken wij punten waarvan de relevantie voortvloeit uit rechtspraak van de Hoge Raad over hinder. Als gezegd kan daarnaast bij invulling van de maatschappelijk betamelijkheid 'reflexwerking' worden toegekend aan verdragsbepalingen.<sup>31</sup> Milieudefensie beroept zich in dat verband op het Akkoord van Parijs. Een belangrijk aspect van dat akkoord is dat het een duidelijke limiet stelt aan de opwarming van de aarde: elke opwarming boven 2 °Celsius wordt onverantwoord geacht voor het voortbestaan van de menselijke soort op aarde.

Die op zichzelf concrete grens maakt het toch nog niet gemakkelijk aan een verdrag als het Akkoord van Parijs betekenis toe te kennen in de horizontale verhouding – dus jegens individuele burgers en bedrijven. Het punt is dat het Akkoord van Parijs geen specifieke verplichtingen formuleert. Bij de invulling van de verplichting de temperatuurstijging onder de 2 graden te houden, bestaat een veelheid aan keuzemogelijkheden. Wat de individuele burger moet doen, is niet uit het verdrag af te leiden. Wil Milieudefensie de rechter er toe brengen het Parijs Akkoord betekenis toe te kennen, dan moet zij betogen dat het opleggen van de maatregelen die zij nu van Shell vordert, min of meer dwingend voortvloeit uit de 2 graden-doelstelling.

### 8. De betekenis van soft law

Tot slot kunnen ook vormen van maatschappelijke regulering, of *soft law* een rol spelen bij de invulling van de maatschappelijk zorgvuldigheidnorm. Gedacht kan dan worden aan de *Voluntary Principles on Security and Human Rights*<sup>32</sup> (opgesteld door overheden, het bedrijfsleven en ngo's), de OESO Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen en de *Climate Principles for Enterprises* (met Jaap Spier als een van de initiators).<sup>33</sup> Deze laatstgenoemde principes, opgesteld door een internationale groep rechters en wetenschappers, beogen op basis van een reeks bronnen een 'gezaghebbende interpretatie van het bestaande klimaatrecht' te geven.<sup>34</sup>

Te verwachten punten van discussie zijn (i) óf inderdaad uit die *soft law* de door Milieudefensie voorgestane verplichting voortvloeit en (ii) wat de representativiteit is

van de groep die de ter zake doende principes en richtlijnen heeft opgesteld.

## 6. Conclusie

Met de aansprakelijkstelling door Milieudefensie van Shell, is in Nederland het denken over juridische verantwoordelijkheden van oliegiëgenten ten aanzien van klimaat schade niet langer een theoretische exercitie. Wij bespraken drie punten die in een eventuele procedure van belang kunnen zijn.

Ten eerste is relevant of er nationaal of Europees overheidshandelen valt aan te wijzen dat voor Shell een soort 'vrijwarende functie' heeft. Te denken valt aan vergunningverlening, in het bijzonder CO<sub>2</sub>-emissierechten. Nu het Milieudefensie niet gaat om de eigen uitstoot van Shell, maar om aanpassing van haar toekomstige bijdrage aan de keten, lijkt die instemming niet direct aan de orde.

Ten tweede is er de vraag of de civiele rechter over kwesties als deze kan en moet oordelen. Milieudefensie versus Shell vergt een afweging van algemene belangen. Dat is zowel wat betreft het ontwerp van de civiele procedure, als de legitimiteit van het civielrechtelijke oordeel – algemene belangen horen primair door de wetgever gewogen te worden – problematisch.

Maar ondenkbaar is het niet. Met name in die situaties waarin sprake is van 'reguleringsfalen', is correctief optreden van de civiele rechter voorstelbaar. Onvermogen van de overheid om voldoende te doen tegen klimaatverandering, in combinatie met de te verwachten catastrofale gevolgen van het uitblijven van adequate maatregelen, kan aanleiding zijn de grenzen op te zoeken. Zonder precedent is *public interest litigation* in Nederland niet; wij wezen onder andere op de astbest-rechtspraak.

Ten derde bespraken wij een aantal punten die de rechter in overweging zal nemen bij beantwoording van de vraag of Shell al dan niet handelt in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid van artikel 6:162 lid 2 BW door niet te voldoen aan wat Milieudefensie stelt dat haar verantwoordelijkheden zijn. Aan de orde kwamen 1. De aard, ernst, duur en te verwachte schade; 2. Shell is enkel een schakel in een keten; 3. de beperkte bijdrage van Shell; 4. de langdurige bijzondere wetenschap van Shell; 5. toewijzing van de vordering zou geen verminderde CO<sub>2</sub>-uitstoot opleveren; 6. de belangen die door het handelen van Shell worden gediend; 7. de betekenis van het Akkoord van Parijs en 8. de betekenis van *soft law*. •

<sup>31</sup>. Zie *Asser 6-IV*, nrs. 74-80.

<sup>32</sup>. Zie [www.voluntaryprinciples.org](http://www.voluntaryprinciples.org).

<sup>33</sup>. <https://climateprinciplesforenterprises.org>.

<sup>34</sup>. T. Bleeker, 'Klimaat aansprakelijkheid 2.0 – Een vergelijking tussen de klimaatzaak tegen de Staat en de klimaatzaak tegen Shell', *Blog Ucall* 5 april 2018.