



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Norm en sanctie bij aansprakelijkheid van ondernemingen voor toekomstige uitstoot van broeikasgassen

Castermans, A.G.

Citation

Castermans, A. G. (2023). Norm en sanctie bij aansprakelijkheid van ondernemingen voor toekomstige uitstoot van broeikasgassen. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 184(1), 47-58. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721913>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721913>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Norm en sanctie bij aansprakelijkheid van ondernemingen voor toekomstige uitstoot van broeikasgassen

Prof. mr. A.G. Castermans*

1. Een opzienbarende uitspraak

De rechtbank Den Haag heeft Royal Dutch Shell bevolen een klimaatbeleid te voeren met als richtsnoer dat de CO₂-uitstoot van het concern – de Shell-ondernemingen, hun toeleveranciers en afnemers – in 2030 45% netto lager is dan het niveau van 2019.¹ Dit is een opzienbarende uitspraak, omdat niet alleen de samenleving als geheel – in de persoon van de Staat – verantwoordelijk wordt gehouden voor de gevaarlijke, alsmaar uitdijende uitstoot van broeikasgassen, maar ook een enkele onderneming.² In 1994 hield de Hoge Raad het er nog op dat een enkel bedrijf als Shell niet kon worden aangesproken voor de kwade kanten van de economische vooruitgang (de zaak *Staat/Shell*, paragraaf 2³), maar in de huidige eeuw werden internationale *soft law*-documenten opgesteld waarin de contouren van de verantwoordelijkheid van ondernemingen werden uitgetekend (paragraaf 3).

De rechtbank volgt het stramien van haar vonnis in de *Urgenda*-zaak – over de verantwoordelijkheid van de Staat voor de bescherming tegen de gevolgen van de uitstoot van broeikasgassen.⁴ In zoverre is de uitspraak minder opzienbarend. Wederom beoordeelde de rechtbank de vordering aan de hand van de zorgvuldigheidsnorm in de context van het leerstuk van de gevaarstelling, op basis van een degelijk feitenonderzoek en met een inzichtelijke afweging van de aangevoerde stellingen (paragraaf 4).

Waarom is de tijd nu rijp voor het aanspreken van een enkel bedrijf? Mogelijk heeft het te maken met de vordering die centraal stond in *Milieudefensie/Shell*, het bevel meer werk te maken van de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen (paragraaf 5). Een andere verklaring ligt in het verband tussen de overtreden norm en de sanctie (paragraaf 6).

2. Gedane zaken

Shell heeft als oliebedrijf vanuit het perspectief van het milieu een kwetsbare geschiedenis. Aan de ene kant produceert en levert zij al meer dan een eeuw de producten

die nodig zijn voor de groei van welzijn en economie. Aan de andere kant heeft zij daarbij een wissel getrokken op het milieu. Vanuit politiek en juridisch perspectief was het een kwestie van afwegen van belangen. Tot voor kort kwam de onderneming er daarbij genadig af.

Zo had zij in de jaren vijftig van de vorige eeuw regelmatig fabrieksafval ter storting afgegeven aan een transport-onderneming. Het afval werd uiteindelijk in opdracht van de gemeente Gouderak vermengd met stadsafval en afval van andere bedrijven, en gestort op gemeentebodem, onder meer in de zellingen van de Hollandsche IJssel. Daar werd met dit mengsel een stuk grond geschikt gemaakt voor de bouw van een woonwijk, de Zellingwijk.

Het fabrieksafval bevatte insecticiden, drins, die bij contact gevaar opleveren voor mens en dier. In 1981 werd geconstateerd dat de bodem van de Zellingwijk was verontreinigd met onder meer drins, waarna uitgebreide saneringsmaatregelen zijn getroffen. In juni 1984 is begonnen met het afbreken van de woningen van de wijk. De sloop, die ongeveer 115 woningen omvatte, is in het najaar van 1985 voltooid.

De Staat wilde de kosten van bodemsanering verhalen op Shell. Volgens de Staat had Shell onrechtmatig gehandeld, omdat Shell gezien haar specifieke deskundigheid op de hoogte was, althans had behoren te zijn van de gevaarlijke eigenschappen van drins die een ernstig gevaar voor de volksgezondheid en het milieu meebrengen. Shell had daarom bij het doen afvoeren van het drinshoudend afval dit gevaar aan de vervoerder kenbaar moeten maken en had ervoor moeten zorgen dat het op zodanige plaats werd gestort dat geen verontreiniging van de bodem zou kunnen plaatsvinden.

Het hof Den Haag wees de vordering van de Staat af. Het nam veronderstellenderwijs aan dat Shell een zorgvuldigheidsnorm had geschonden die haar verplichtte zorg te dragen dat drinshoudend afval terecht kwam op een plaats waar geen verontreiniging van de bodem zou kunnen plaatsvinden. Die norm strekte niet tot bescherming tegen de schade, zoals die door de overheid was geleden (ver-

* Alex Geert Castermans is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. Hij is ook rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Den Haag; hij is op geen enkele manier betrokken geweest bij de in deze bijdrage genoemde rechterlijke uitspraken.

1. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, AB 2022/258, m.nt. G.A. van der Veen (*Milieudefensie/Shell*). De rechtbank refereert aan Shell voornamelijk met *RDS*. Voor de leesbaarheid wordt in dit artikel ook over *Shell* gesproken.
2. Zoals in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).
3. HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*).
4. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes (*Urgenda*).

mogensnadeel in de vorm van gemaakte saneringskosten). Aldus volgde het hof de lijn die de Hoge Raad eerder had uitgezet in het kader van het relativiteitsvereiste bij verhaal op grond van de Interimwet Bodemsanering. Aan het relativiteitsvereiste was pas voldaan als ten tijde van het veroorzaken van de verontreiniging de overheid zich het saneringsbelang al aantrok dan wel voor de veroorzaker voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat zij zich dat belang zou gaan aantrekken. Als uitgangspunt gold dat hiervan pas na 1 januari 1975 sprake is.

In cassatie vroeg de Staat om een koerswijziging. De bodemsaneringsgevallen drukten in de jaren tachtig en negentig zwaar op de begroting. Het bedrijfsleven dat de Nederlandse samenleving tot deze 'erfenis' had 'veroordeeld', zou een deel van de financiële lasten voor zijn rekening moeten nemen. De Hoge Raad overwoog:

'Nog daargelaten dat wat de Staat aanduidt als erfenis waartoe het bedrijfsleven de Nederlandse samenleving heeft veroordeeld, vanuit een ander gezichtspunt evenzeer kan worden beschreven als de keerzijde van het succes van de naoorlogse industrialisatiepolitiek en de daaruit voor de Nederlandse samenleving voortgevloeide voordelen, rechtens is en blijft uitsluitend van belang of hetgeen thans moet worden aangemerkt als een bodemvervuiling van dien aard dat ernstig gevaar bestaat voor de volksgezondheid of het milieu, het gevolg is van gedrag dat ten tijde van het veroorzaken van deze vervuiling onrechtmatig was naar de toen geldende normen die, waar het hier steeds gaat om ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, mede worden bepaald door de toenmalige maatschappelijke opvattingen'.⁵

Hiermee ontdeed de Hoge Raad niet alleen het partijdebat van zijn retorische scherpte, maar ging hij ook nog eens in op de zorgvuldigheidsnorm, ook al was het hof uitgegaan van de veronderstelling dat Shell die had geschonden. De Hoge Raad achtte het nodig duidelijk te maken dat er geen aanleiding was te veronderstellen dat Shell onrechtmatig handelde. De geciteerde overweging is hiervan de opmaat. Het is een opmerkelijke overweging, waarmee de Hoge Raad – in de woorden van annotator Hijma – de 'ruggengraat' van de jurisprudentie inzake bodemsanering zichtbaar maakte:

'Het naoorlogse Nederland is lange tijd gefixeerd geweest op produktie. Daaraan verbonden risico's werden niet of onvoldoende ingezien, en zo men al gevaar zag deed men daar niet al te moeilijk over: de bedrijven niet, de burgers niet, en ook de overheid (in al haar geledingen) niet. "Men" gunde het bedrijfsleven eenvoudig een zekere ruimte. Pas langzamerhand is in onze samenleving het besef gerijpt dat de tol van de produktie te hoog kan zijn. Hoewel feitelijk uiteraard niet zoiets als een "rijpingsmoment" heeft bestaan, kan – om wille van rechtszekerheid en rechtseenheid – wel een bepaalde datum als rechtens cruciaal worden aangewezen (1 januari 1975). Bij vóór

die datum veroorzaakte bodemvervuilingen is sprake van een algemeen maatschappelijk risico, dat niet achteraf eenzijdig op het bedrijfsleven mag worden afgewenteld, maar dat door de collectiviteit (de Staat en zijn belastingbetalers) behoort te worden gedragen. Deze visie op de situatie in het naoorlogse Nederland, die zeker niet van realiteitszin is gespeend, klinkt in de gehele bodemvervuilingsjurisprudentie door'.⁶

De vraag is of deze 'ruggengraat' beperkt was tot de rechtspraak over de aansprakelijkheid voor saneringskosten jegens de Staat. Waren de overwegingen van de Hoge Raad ook relevant voor – zeg – de bewoners van de Zellingwijk in Gouderak? De Hoge Raad maakte duidelijk dat het onrechtmatigheids- en het relativiteitsvereiste moeten worden onderscheiden:

'Zoals gezegd, gaat het in deze verhaalsacties (...) telkens om de vraag of sprake is van onrechtmatigheid (...) doordat is gehandeld in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Of van zodanig handelen sprake is, hangt – in abstracto – daarvan af of de dader anders heeft gehandeld dan hij had moeten doen teneinde geen schade toe te brengen aan een bepaald belang van een ander dat hij had behoren te ontzien, waartoe dan ook mede is vereist dat hij dat belang kende of had behoren te kennen. Dergelijke normen strekken aldus uitsluitend ter bescherming van belangen van anderen waarop de dader bedacht moest zijn. Schendt hij een belang van een ander waarop hij niet bedacht behoefde te zijn, dan is derhalve niet voldaan aan het relativiteitsvereiste, zodat het mogelijk is te zeggen dat de dader niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens die ander'.⁷

Daarop liet de Hoge Raad direct volgen:

'(M)en kan dan evenwel even goed, zo niet beter zeggen dat de dader (in zoverre) niet onrechtmatig heeft gehandeld (vgl. HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 536). In dit opzicht bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheid en relativiteitsvereiste'.⁸

De Hoge Raad leek zich zo te beperken tot de aansprakelijkheid jegens de Staat. Vervolgens concentreerde hij zich echter op het onrechtmatigheidsvereiste zonder de specifieke belangen van de overheid daarbij te betrekken. Daarmee werd het arrest ook relevant voor andere benadeelden, zoals de bewoners van de Zellingwijk. In één lange rechtsoverweging (3.8.5) schetste hij een beeld van de stand van zaken in de jaren vijftig, zowel feitelijk als juridisch. Het aan giftige afvalstoffen verbonden gevaar zou destijds nog niet in alle facetten bekend zijn geweest. Vervolgens overwoog hij dat zelfs als het gevaar bekend zou zijn geweest, de onrechtmatigheid nog niet was gegeven:

'Ook echter indien in het algemeen zou moeten worden aangenomen dat degene die zich destijds van giftige afval-

5. HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, r.o. 3.8.1, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*).

6. Jac. Hijma in zijn annotatie bij *Staat/Shell*, AA 1995/4, p. 276.

7. HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, r.o. 3.8.4, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*).

8. In dezelfde rechtsoverweging.

stoffen ontdeed, wist of behoorde te weten dat deze stoffen naar hun aard ernstig gevaar voor de volksgezondheid opleverden, wettigt zulks niet de slotsom dat het ook destijds al onzorgvuldig was zulke afvalstoffen te (doen) storten of daartoe ten vervoer af te geven’.

De volksgezondheid vergde het inpakken en begraven van de gevaardlijke stoffen. Destijds werd aangenomen dat de bodem deze last zou kunnen dragen:

‘Uitgegaan moet voorts worden van de destijds op dit gebied bestaande opvattingen. Niet kan worden gezegd dat bij dit uitgangspunt degene die zich van deze afvalstoffen ontdeed, onzorgvuldig handelde door deze stoffen in de bodem te (doen) storten. Uit deze opvattingen, die erop neerkwamen dat “de bodem een zo groot vermogen tot herstel bezat dat belasting met allerlei stoffen en ingrepen vrijwel straffeloos kon geschieden”, kon veeleer gerechtvaardigd worden afgeleid dat een verantwoorde wijze om zich te ontdoen van giftige afvalstoffen die gevaarlijk waren voor de volksgezondheid, bestond in het op deugdelijke wijze begraven daarvan, juist omdat aldus zo veel mogelijk zou kunnen worden voorkomen dat mensen daarmee in aanraking kwamen’.⁹

Er was bovendien geen redelijk alternatief:

‘Tegen de achtergrond van het voorgaande is voor de beoordeling van de onrechtmatigheid mede van belang in hoeverre ten tijde van het verweten gedrag andere mogelijkheden dan het storten op de bodem bestonden, die de betrokken bedrijven redelijkerwijs hadden behoren te benutten om zich te ontdoen van de afvalstoffen die ontstonden bij het vervaardigen van een door de overheid toegelaten en maatschappelijk aanvaard product. Opmerking verdient in dit verband dat de Afvalverwerking Rijnmond, die mede was bestemd voor de verbranding van chemisch afval, eerst in 1973 in bedrijf is gesteld, alsmede dat in het in 1981 uitgebrachte rapport van de Commissie Bestuurlijk Onderzoek Lekkerkerk wordt opgemerkt dat de chemische afdeling van dat bedrijf niet goed van de grond is gekomen, zodat verbranding van vele soorten chemisch afval in Nederland niet mogelijk is en bedrijven noodgedwongen moeten uitwijken naar buitenlandse verwerkingsinstallaties, waaraan nog wordt toegevoegd dat niet alle chemisch afval verbrand, opnieuw gebruikt of anderszins verwerkt kan worden en dat derhalve stortplaatsen voor onverwerkbaar afval nodig zijn’.

Vervolgens toetste de Hoge Raad deze algemene beschouwingen aan de concrete zaak.¹⁰ Hij reageerde daarbij op het betoog van Shell dat de destijds bestaande zorgvuldigheidsnormen ertoe strekten te voorkomen dat ernstig giftige stoffen als drinshoudend afval de volksgezondheid zouden aantasten en dat deze juist meebrachten dat zulk afval naar de toenmalige inzichten zorgvuldig moest worden begraven. Volgens Shell was het dan ook niet

onzorgvuldig om het drinshoudend afval af te geven aan een deskundige en *bona fide* vervoerder ter storting op een daartoe van overheidswege aangewezen stortplaats. Volgens de Hoge Raad kon ‘aan dit – met adviezen van deskundigen ondersteunde – betoog’ overtuigende kracht niet worden ontzegd. Er is daarom geen reden om aan te nemen dat Shell in de jaren vijftig onrechtmatig handelde.

Zo werd de ‘ruggengraat’ van de uitspraak andermaal zichtbaar. De Hoge Raad gaf in 1994 wel degelijk een algemene regel voor het verwerken van giftige afvalstoffen die vrijkomen bij het vervaardigen van een door de overheid toegelaten en maatschappelijk aanvaard product, die zou hebben gegolden eind jaren vijftig. Het volstond dat deze stoffen werden meegegeven aan een deskundige en *bona fide* vervoerder om te worden begraven op een stortplaats, althans zolang er geen redelijke alternatieven waren. Niet een individueel bedrijf maar de samenleving als geheel moest de prijs van de vooruitgang ophoesten.

3. De multinationale onderneming naast de Staat

In de jaren die volgden zijn ondernemingen als Shell in een bepaalde zin geëmancipeerd. Zij worden meer dan voorheen geacht maatschappelijke verantwoordelijkheid te dragen, náást de Staat. In het algemeen worden ondernemingen geacht, proactief, de maatschappelijke gevolgen van hun bedrijfsbeslissingen in kaart te brengen, om vervolgens te bepalen hoe de eventuele negatieve gevolgen kunnen worden voorkomen of beperkt, in samenwerking met belanghebbenden en partners in de handelsketen. Dat geldt ook voor het beschermen van mensenrechten en milieu, en ook voor het beschermen tegen de gevolgen van de uitstoot van broeikasgassen.

Deze ontwikkeling is vastgelegd in verschillende internationale *soft law*-instrumenten. De rechtbank refereert in *Milieudefensie/Shell* onder meer aan de Richtlijnen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) voor multinationale ondernemingen uit 2011 (Richtlijnen 2011). Deze maken duidelijk wat de 38 lidstaten van de OESO verwachten van bedrijven die in de internationale handel worden geconfronteerd met specifieke gevaren, zoals mensenrechtenschendingen en milieuproblemen.¹¹ Ze bevatten aanbevelingen aan ondernemingen, in de vorm van beginselen en normen voor goed gedrag. Er is aanleiding de OESO-normen nader te bekijken, niet alleen vanwege de aandacht in de Richtlijnen 2011 voor klimaatzaken, maar ook omdat de naleving van de Richtlijnen door multinationale ondernemingen aan de orde kan worden gesteld in een klachtenprocedure. Alle bij de Richtlijnen 2011 betrokken staten hebben een National Contact Point (NCP) opgericht, waar belanghebbenden een klacht kunnen indienen over de niet of onvoldoende naleving van de Richtlijnen 2011. Het NCP tracht partijen tot elkaar te brengen. Indien dit

9. Met referentie aan de Minister van VROM in het Voorlopig indicatief meerjarenprogramma bodem 1984-1988, *Bijlage Handelingen II* 1982/83, 17600, hoofdstuk XI, nr. 130.

10. HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, r.o. 3.8.6, *NJ* 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Shell*).

11. Nationaal Contactpunt OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen, *De OESO-richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen*, Nederlandse vertaling, versie 2011, p. 6. Er zijn overigens 50 staten betrokken bij de Richtlijnen 2011.

niet lukt, beoordeelt het de klacht aan de hand van de Richtlijnen 2011.

De naleving van de Richtlijnen 2011 door ondernemingen wordt 'vrijwillig en niet rechtens afdwingbaar' geacht.¹² Dit nogal terughoudende karakter past bij de aard en formulering van verschillende aanbevelingen. Zo luidt het eerste 'algemeen beginsel voor bedrijfsbeleid' dat ondernemingen rekening moeten houden met het bestaande beleid in landen waarin ze werkzaam zijn en de standpunten van andere belanghebbenden in aanmerking dienen te nemen. Van enige juridische verbindendheid zou hier pas sprake kunnen zijn als het desbetreffende beleid een juridische verplichting inhoudt of als voor de desbetreffende standpunten een rechtsgrond is aan te wijzen.

De uitwerking van het beginsel blijft ook vanuit het perspectief van afdwingbaarheid aanvankelijk bescheiden. Ondernemingen behoren bij te dragen aan de economische, ecologische en sociale vooruitgang teneinde duurzame ontwikkeling te bevorderen. Wat 'bijdragen' aan 'vooruitgang' om 'duurzame ontwikkeling te bevorderen' inhoudt wordt duidelijk uit de volgende aanbevelingen, in samenhang met andere aanbevelingen. Daaronder valt niet alleen de aanpak van ongunstige effecten van de eigen bedrijfsbeslissingen, maar ook het stimuleren van zakenrelaties beginselen van verantwoord ondernemen toe te passen.¹³

Uiteindelijk worden de Richtlijnen 2011 concreter en, in taalgebruik, dwingender. Allereerst behoren ondernemingen de internationaal erkende mensenrechten te respecteren van degenen die gevolgen van hun activiteiten ondervinden. Weliswaar zijn Staten verplicht de mensenrechten te beschermen, maar dat betekent niet dat ondernemingen achterover kunnen leunen waar Staten daarin falen. Ondernemingen behoren inbreuken op de mensenrechten van derden te voorkomen en zij behoren ongunstige effecten waarbij zij zijn betrokken aan te pakken.¹⁴

De Richtlijnen 2011 sporen ondernemingen aan de gevolgen van bedrijfsbeslissingen in kaart te brengen (aanbeveling II.A.10).¹⁵ Daarbij dienen zij zich te verstaan met relevante belanghebbenden. Ondernemingen behoren:

'In dialoog te treden met relevante belanghebbenden zodat betekenisvolle mogelijkheden geboden kunnen worden om hun inzichten in overweging te nemen in relatie tot het planning- en besluitproces omtrent projecten en andere activiteiten die significante effecten kunnen hebben op lokale gemeenschappen' (aanbeveling II.A.14).

Op het gebied van het milieu behoren ondernemingen:

'voldoende rekening te houden met de noodzaak het milieu, de volksgezondheid en de veiligheid te beschermen en, in het algemeen hun activiteiten uit te voeren op een manier die bijdraagt aan de bredere doelstelling van duurzame ontwikkeling'.¹⁶

De verplichting lijkt zich in eerste instantie te beperken tot wettelijk voorgeschreven zorgplichten. Destijds waren er al verschillende internationale documenten waarin in het kader van milieu en klimaat werd gesproken van het 'voorzorgsbeginsel', maar de opstellers van de Richtlijnen 2011 waren zich ervan bewust dat geen van deze documenten uitdrukkelijk tot ondernemingen was gericht, hoewel de bijdrage van ondernemingen steeds impliciet wordt verondersteld.

'Het uitgangspunt van de Richtlijnen is dat ondernemingen zo snel mogelijk en op proactieve wijze stappen moeten ondernemen om bijvoorbeeld ernstige of onherstelbare milieuschade die uit hun activiteiten voortvloeit, te voorkomen. Omdat echter de Richtlijnen tot ondernemingen zijn gericht, is geen van de bestaande documenten volledig geschikt als uitdrukking van deze aanbeveling. Daarom zijn de Richtlijnen wel gebaseerd op, maar vormen ze geen rechtstreekse afspiegeling van, alle bestaande documenten'.¹⁷

De Richtlijnen 2011 verwoorden daarom:

'uitsluitend aanbevelingen voor de manier waarop het "voorzorgsbeginsel" op ondernemingsniveau zou kunnen worden verwezenlijkt. Gezien het vroege stadium van het proces wordt erkend dat enige flexibiliteit geboden is, rekening houdend met de specifieke context waarin een en ander plaatsvindt'.¹⁸

Aanbeveling VI refereert dan ook niet alleen aan het bestaande wettelijke kader, maar ook aan 'de relevante internationale overeenkomsten, beginselen, doelstellingen en normen'. Zo dienen ondernemingen milieudoelstellingen te definiëren die in overeenstemming moeten zijn met nationaal beleid en internationale milieuovereenkomsten.¹⁹

Ondernemingen moeten volgens Aanbeveling VI proberen hun milieuprestaties te verbeteren, niet alleen binnen de eigen bedrijfsvoering maar ook in hun toeleveringsketen. Binnen en buiten de ondernemingen moeten zij streven naar de ontwikkeling en levering van producten of diensten die geen overmatige gevolgen voor het milieu hebben en bijvoorbeeld broeikasgassenuitstoot verminderen. Zij dienen hun klanten bewuster te maken van de milieueffecten van het gebruik van de producten en

12. Richtlijnen 2011, p. 8.

13. Richtlijnen 2011, aanbeveling II.A.13.

14. Richtlijnen 2011, aanbeveling II.A.2 en IV.1 en 2, toelichting onder 38.

15. Uitgewerkt in de context van mensenrechten (aanbeveling IV.5) en milieu (aanbeveling VI.1 en 3).

16. Richtlijnen 2011, aanbeveling VI, aanhef.

17. Richtlijnen 2011, toelichting onder 69.

18. Richtlijnen 2011, toelichting onder 70.

19. Richtlijnen 2011, aanbeveling VI.1 onder b.

diensten van de onderneming, bijvoorbeeld door accurate informatie te verschaffen over hun producten in relatie tot de broeikasgassenuitstoot. Zij moeten zoeken naar manieren om de milieuprestaties van de onderneming op de lange termijn te verbeteren, bijvoorbeeld door strategieën te ontwikkelen voor emissiereductie. Zij moeten hun inspanningen evalueren.²⁰ Daarbij dienen zij zich niet op het ontbreken van absolute wetenschappelijke zekerheid te beroepen om kosteneffectieve maatregelen uit te stellen om deze schade te voorkomen of te beperken, indien er gevaar voor ernstige schade aan het milieu bestaat, mede met het oog op de menselijke gezondheid en veiligheid.²¹

Zo op het eerste gezicht lijken dergelijke richtlijnen zich goed te lenen voor een onderzoek naar de zorgvuldigheid die ondernemingen in acht dienen te nemen bij het nemen van beslissingen die een negatieve impact op het milieu kunnen hebben. De rol en verantwoordelijkheid van de onderneming juist náast die van de overheid, krijgen meer reliëf. Zo zou in de zaak *Staat/Shell* meer aandacht zijn gevraagd voor de positie van belanghebbenden bij het begraven van drinshoudend afval, zoals de toekomstige bewoners van de Zellingwijk. Ook zou zijn onderzocht welke mogelijkheden Shell had gehad en had aangewend om enigerlei negatieve impact van het handelen van haar zakenpartners in de handelsketen, zoals de vervoerders en de afvalverwerkers, te voorkomen of te beperken.

Maar ook de Richtlijnen 2011 kennen hun beperkingen. Enkele van de – wereldwijd – ingediende klachten hebben betrekking op de verantwoordelijkheid voor het verminderen van broeikasgassen. Het Australische NCP heeft in zijn *Final Statement* van 15 december 2021 de stand van zaken samengevat, naar aanleiding van een klacht tegen een bank.²² Het vergelijkt de aandacht voor klimaatverandering met de aandacht voor mensenrechten:

‘This shows those considering and drafting the amendments (which became the 2011 Guidelines) were well aware of climate change and the call for this to be addressed in the Guidelines. The 2011 amendments inserted extensive provisions in relation to human rights. This demonstrates those governments had no aversion to agree and incorporate detailed requirements for enterprises in the Guidelines. The fact that so few amendments were made detailing expectations regarding climate change suggests an absence of agreement about what those requirements should be. Expert commentary in 2018 reinforced this: “certain important themes in the space of business and society are not at all explicitly addressed in the 2011 Guidelines (...) such as climate change”. All this cautions against interpreting more specific requirement

of companies around climate change which were not specified in the 2011 amendments’ (paragraaf 38).

Terughoudendheid is dus geboden, aldus het Australische NCP, ook omdat het handelen van de beklagde ondernemingen dient te worden beoordeeld in het licht van de tekst van de Richtlijnen 2011, ook al zouden de toelichting op de Richtlijnen 2011 en andere OECD-documenten kunnen bijdragen aan het begrip van de Richtlijnen 2011. Het gaat daarom voorbij aan de toelichting op de Richtlijnen 2011 die in paragraaf 69 bepalen dat ondernemingen zo snel mogelijk en op proactieve wijze stappen moeten ondernemen om bijvoorbeeld ernstige of onherstelbare milieuschade die uit hun activiteiten voortvloeit, te voorkomen:

‘The Commentaries, which are published with the Guidelines, are separate to the Guidelines, as explained by the OECD’s 2011 publication containing both. The commentaries on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises have been adopted by the Investment Committee in enlarged session, including the eight non-Member adherents (...) to provide information on and explanation of the text of the Guidelines for Multinational Enterprises and of the Council Decision on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises. They are not part of the Declaration on International Investment and Multinational Enterprises or of the Council Decision on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises’ (paragraaf 40).

Naar zijn oordeel geven noch de Richtlijnen 2011 noch de rapporten van andere National Contact Points in klimaatzaken²³ veel richting:

‘In summary, then, there is limited specificity in the Guidelines’ wording about climate change and what companies should do. It would be imprudent to endeavour to summarise or re-phrase those provisions.’ (paragraaf 41)

De conclusie luidt dat de Richtlijnen 2011 achterlopen en dringend aan vernieuwing toe zijn:

‘This Statement has noted the increasing awareness that the Guidelines’ text around climate change and environmental expectations of companies is behind current practise. This is an issue canvassed as part of the OECD’s public consultation on its “draft stocktaking report” which forms part of its continuing stocktaking exercise. The Independent Examiner recommends this Final Statement be brought to the attention of the OECD and its advisory bodies to the Investment Committee (BIAC and TUAC) together with OECD Watch. In particular,

20. Richtlijnen 2011, aanbeveling VI.6 onder b, c en d.

21. Richtlijnen 2011, aanbeveling VI.4.

22. Australische NCP 15 december 2021, klacht van *Friends of the Earth, Egan, Dodds and Simons* over de *Australia and New Zealand Banking Group Ltd*; zie: ausncp.gov.au/sites/default/files/2021-12/AusNCP_Final_Statement_Friends_of_Earth_0.pdf.

23. De Australische NCP refereert aan de Duitse *Nationale Kontaktstelle* 20 november 2007 inzake de klacht van *Germanwatch e.V.* tegen Volkswagen AG; het Noorse *OECD-kontaktpunkt* 13 maart 2012 inzake de klacht van *Climate Network* en *Concerned Scientists Norway* tegen Statoil; het Nederlandse *Nationaal Contactpunt* 19 april 2019 inzake de klacht van *Oxfam Novib, Greenpeace Netherlands, BankTrack* en *Milieudefensie* tegen ING; het Poolse *Krajowy Punkt Kontaktowy OECD* 26 juli 2019; *UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* 9 september 2020 inzake de klacht van *Global Witness* over *UK Export Finance*.

all parties should consider the limited text in the Guidelines, about due diligence for climate change by investors and any companies, and the implications of that for NCPs in promoting the Guidelines and managing specific instances.’ (paragraaf 75)

De lezing van het Australische NCP van de mogelijkheden die de Richtlijnen 2011 bieden, is te beperkt. De Richtlijnen 2011 zijn open geformuleerd en vragen bij gelegenheid invulling door de betrokken ondernemingen, mede aan de hand van actuele ontwikkelingen, zoals uitdrukkelijk is bepaald in aanbeveling VI.1 onder b. Maar onmiskenbaar is dat de Richtlijnen 2011 in klimaatzaken veel scherper hadden gekund. Niet voor niets eindigde ook de bemiddeling van de Nederlandse NCP in een vergelijkbare zaak in een oproep aan de Nederlandse regering aan te sturen op een uitwerking van de wijzen waarop specifieke klimaatdoelen kunnen worden bereikt.²⁴ Dat was in april 2019.

4. De volgende stap: afdwingbare zorgvuldigheid

Twee jaar later is er dus de uitspraak van de rechtbank Den Haag, met een specifieke reductieverplichting voor Shell, die is gebaseerd op de zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW en die geldt – als gevolg van de wijze waarop de eisende partijen (Milieudefensie e.a.) hun vordering hebben ingekleed – tegenover de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied.²⁵

Bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm toetst de rechtbank niet uitdrukkelijk aan gezichtspunten die zijn te ontlelen aan het *Kelderluik*-arrest.²⁶ In haar vonnis in de *Urgenda*-zaak deed zij dat wel, waarbij zij aantekende dat ze zich ook bewust was van de verschillen tussen typische gevaarzettingszaken en klimaatzaken:

‘Deze zaak onderscheidt zich daarvan doordat centraal staat de omgang met een gevaarlijke ontwikkeling op wereldschaal waarvan onzeker is wanneer, waar en in welke exacte omvang het gevaar zich zal verwezenlijken. Niettemin vertoont het leerstuk van de gevaarzetting, zoals in de literatuur wordt uiteengezet, verwantschap met het thema van gevaarlijke klimaatverandering en kunnen aan de gevaarzettingsjurisprudentie voor de invulling van het maatschappelijk onzorgvuldig handelen in de onderhavige zaak een aantal (...) criteria worden ontleend.’²⁷

In feite gaat de rechtbank in *Milieudefensie/Shell* op dezelfde wijze te werk.²⁸ Zo stelt zij vast dat de totale CO₂-uitstoot van de Shell-groep groter is dan de CO₂-uitstoot van vele staten, waaronder Nederland. Ook stelt zij vast dat de mondiale CO₂-uitstoot van de Shell-groep in Nederland en het Waddengebied bijdraagt aan de opwarming en de verandering van het klimaat, met ernstige gevolgen:

‘De risico’s van klimaatverandering voor de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied betreffen gezondheidsrisico’s en sterftegevallen als gevolg van de door klimaatverandering teweeggebrachte hitteperiodes en verder gezondheidsproblemen en een verhoogd sterfterisico door toenemende infectieziekten, verslechtering van de luchtkwaliteit, een toename aan UV-blootstelling en een toename van water- en voedselgerelateerde ziektes. Ook gaat het om de gezondheidsrisico’s van waterproblematiek waar Nederland en het Waddengebied mee te maken [zullen] krijgen, zoals overstromingen aan kust en rivieren, wateroverlast en -tekorten, verslechtering van de waterkwaliteit, verzilting en zowel vernatting als droogte.’ (r.o. 4.4.6)

De rechtbank komt op de vastgestelde gevaren terug bij de beoordeling van de proportionaliteit van de reductieverplichting bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm:

‘De rechtbank neemt hier in aanmerking dat de CO₂-uitstoot waar RDS verantwoordelijk voor kan worden gehouden, naar zijn aard een zeer groot gevaar creëert met een grote kans op schade voor de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Waddengebied, met ernstige risico’s voor hun mensenrechten.’ (r.o. 4.4.54)

Hier schurkt de rechtbank aan tegen een van de gezichtspunten uit het *Kelderluik*-arrest, namelijk dat het antwoord op de vraag of een handeling die gevaar in het leven roept onrechtmatig is, mede afhangt van de ernst van de gevolgen van de verwezenlijking van het risico dat aan de handeling is verbonden. De rechtbank gaat ook na hoe bezwaarlijk de reductieverplichting voor Shell is, waarmee wordt gerefereerd aan een ander gezichtspunt uit het *Kelderluik*-arrest, de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.²⁹

Bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm haakt de rechtbank ook aan bij onderwerpen die in de rechtspraak over gevaarzetting niet aan de orde waren, zoals het mensenrechtelijk kader en de relevantie daarvan voor een

24. *Nederlandse Nationaal Contactpunt* 19 april 2019 inzake de klacht van Oxfam Novib, Greenpeace Netherlands, BankTrack en Milieudefensie tegen ING, paragraaf 5.5.

25. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, AB 2022/258, m.nt. G.A. van der Veen (*Milieudefensie/Shell*).

26. Zoals opgemerkt door E.H.P. Brans & M.W. Scheltema, ‘Aansprakelijkheid Shell voor klimaatverandering. Een “carbon major” geconfronteerd met een reductiebevel’, *M en R* 2021/80, onder 7.3. Zie HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*).

27. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.54, AB 2015/336, m.nt. Ch.W. Backes (*Urgenda*), met verwijzing naar E. Bauw, *Groene Serie Onrechtmatige daad, regeling Boek 6 BW*, aant. 12; W. Braams, A. van Rijn & M. Scheltema, *Klimaat en recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5 en Chr.H. van Dijk, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde’, *NJB* 2007, p. 2333.

28. Evenzo, kritisch, Stijn Franken, ‘De distributieve bijdrageplichten rond klimaatverandering’, *NJB* 2022, p. 3053. Hij meent dat de gezichtspunten weinig houvast bieden.

29. Zie r.o. 4.4.53.

multinationale onderneming als Shell. Burgers hebben jegens de overheid aanspraak op bescherming tegen de opwarming van de aarde, omdat het recht op leven en het recht op een ongestoord gezinsleven in het geding zijn.³⁰ Vanwege het fundamentele belang van deze mensenrechten en de daarin belichaamde waarden voor de samenleving als geheel, zijn deze ook relevant in de verhouding tussen Milieudefensie en Shell. De rechtbank verdisconteert de mensenrechten en de daarin belichaamde waarden daarom in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (r.o. 4.4.9).

De rechtbank leidt ook uit verschillende internationale *soft law*-instrumenten af dat internationaal algemeen aanvaard is dat bedrijven mensenrechten dienen te respecteren. Centraal in de uitspraak staan de United Nations Guiding Principles (UNGPs) die – in de woorden van de rechtbank – ‘een gezaghebbend en internationaal breed gedragen “soft law” instrument’ vormen, ‘waarin de verantwoordelijkheid van staten en bedrijven ten aanzien van mensenrechten is neergelegd’ (r.o. 4.4.11). Deze bepalingen:

‘dat bedrijven zich moeten onthouden van inbreuken op de mensenrechten van anderen en negatieve gevolgen op mensenrechtengebied waarin zij een aandeel hebben moeten aanpakken. Het aanpakken van negatieve gevolgen op mensenrechtengebied houdt in dat maatregelen genomen moeten worden om deze gevolgen te voorkomen, te beperken en waar nodig te verhelpen. Dit is een mondiale gedragsnorm waaraan alle bedrijven geacht worden zich te houden, waar ze ook actief zijn.’ (r.o. 4.4.15)

Deze verantwoordelijkheid van bedrijven is niet optioneel, aldus de rechtbank. De vraag of Shell zich aan de geformuleerde norm moet houden, is onafhankelijk van het antwoord op de vraag of zij die norm op enigerlei wijze heeft onderschreven:

‘Vanwege de internationaal algemeen aanvaarde inhoud van de UNGPs, doet het niet ter zake of RDS – die op haar website vermeldt de UNGPs te ondersteunen (...) zich al dan niet heeft verbonden of gecommitteerd aan de UNGPs.’ (r.o. 4.4.11)

Bedrijven die zich niets gelegen laten liggen aan mensenrechten en klimaatdoelen, verschaffen zichzelf dus geen competitief voordeel ten laste van bedrijven die zich wel binden aan de bevordering van de naleving van mensenrechten, althans niet in rechte.

Vervolgens analyseert de rechtbank – ditmaal ook met referentie aan de Richtlijnen 2011 – wat van een onderneming als Shell wordt verwacht vanwege de omvang van haar organisatie en vanwege de ernst van de impact die haar activiteiten op de mensenrechten kunnen hebben, in termen van schaal, reikwijdte en mate van omkeerbaar-

heid ervan. Zij dient alle feitelijke en potentiële negatieve gevolgen op mensenrechtengebied waarin zij via haar eigen activiteiten of haar zakelijke relaties een aandeel zou kunnen hebben, te inventariseren en in te schatten. Op basis hiervan dient zij passende maatregelen te nemen. Zij moet haar invloed aanwenden om negatieve gevolgen voor de mensenrechten op te heffen of te beperken. Dat geldt ook als zij geen aandeel heeft in die negatieve gevolgen, maar haar activiteiten, producten of diensten wel gelieerd zijn via een zakelijke relatie met een derde (r.o. 4.4.17-4.4.25).³¹

De rechtbank vergewist zichzelf ervan dat Shell hiertoe ook in staat is. De vergaande controle en invloed van Royal Dutch Shell over de Shell-groep leidt ertoe dat de reductieverplichting van Shell een resultaatsverbindenis moet zijn voor emissies die zijn verbonden aan de eigen activiteiten (r.o. 4.4.23). Ten aanzien van de zakelijke relaties van Shell geldt een ‘zwaarwegende inspanningsverbindenis’ (r.o. 4.4.24). Daarbij maakt de rechtbank onderscheid tussen enerzijds de emissies van Shells toeleveranciers, waarop de onderneming via haar inkoopbeleid controle en invloed kan uitoefenen, en anderzijds die van de eindgebruikers, waarover zij controle en invloed kan uitoefenen via de producten die zij aanbiedt. Ten aanzien van de eindgebruikers heeft Shell te maken met contractuele verplichtingen en verplichtingen uit langlopende concessies, die haar keuzevrijheid ten aanzien van het aanbod kunnen beperken, aldus de rechtbank, maar met inachtneming van die verplichtingen is Shell vrij te beslissen om geen nieuwe investeringen te doen in exploraties en fossiele brandstoffen en de aard en samenstelling van aangeboden producten te wijzigen (r.o. 4.4.25).³²

Overigens staat de rechtbank stil bij de proportionaliteit van de reductieverplichting en daarbij grijpt zij terug op het grote gevaar dat is gemoeid met de CO₂-uitstoot waarvoor Shell verantwoordelijk kan worden gehouden, met een grote kans op schade voor de huidige en toekomstige Nederlandse ingezetenen en de huidige en toekomstige inwoners van het Waddengebied en met ernstige risico’s voor hun mensenrechten. Dat geldt zowel voor de huidige als de toekomstige generaties. Voorts neemt de rechtbank in aanmerking dat Shell er wat aan kan doen om het tij te keren. De conclusie luidt:

‘Dit een en ander rechtvaardigt een reductieverplichting die de vaststelling van het beleid van de gehele, wereldwijd opererende Shell-groep door RDS betreft. Het zwaarwegend algemeen belang dat wordt gediend met het nakomen van de reductieverplichting, legt meer gewicht in de schaal dan de nadelige effecten die RDS mogelijk zal ondervinden van de reductieverplichting en de bedrijfseconomische belangen van de Shell-groep die worden gediend met onverkorte handhaving of zelfs groei van CO₂-uitstoot genererende activiteiten. Vanwege de grote gevaren en risico’s voor de mensenrechten van de Nederlandse ingezetenen en de inwoners van het Wad-

30. Art. 2 en 8 EVRM, art. 6 en 17 IVBPR; zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

31. R.o. 4.4.20 en 4.4.21 refereren aan Principe 17-19 UNGP en de toelichting daarop.

32. Waarmee de rechtbank op de stoel van de ondernemer lijkt te gaan zitten, aldus – positief kritisch bedoeld – C. de Groot, ‘Petroleum and beyond’, *NJB* 2022/94, onder 4.

dengebied, mogen ook van private ondernemingen zoals RDS ingrijpende maatregelen en financiële offers worden geëist om CO₂-uitstoot en daarmee gevaarlijke klimaatverandering tegen te gaan. RDS heeft alle vrijheid om de reductieverplichting naar eigen inzicht na te komen en het concernbeleid van de Shell-groep geheel naar eigen inzicht vorm te geven. De rechtbank merkt hier op dat een “wereldwijde” reductieverplichting, die het beleid van de gehele Shell-groep betreft, RDS veel meer vrijheid van handelen geeft dan een tot een bepaald territorium of bedrijfsonderdeel/-onderdelen beperkte reductieverplichting.’ (r.o. 4.4.54)

Op grond van dit alles beveelt de rechtbank RDS:

‘zowel rechtstreeks als via de vennootschappen en rechtspersonen die zij in haar geconsolideerde jaarrekening pleegt op te nemen en waarmee zij tezamen de Shell-groep vormt, het gezamenlijk jaarlijks volume van alle aan de bedrijfsactiviteiten en verkochte energie dragende producten van de Shell-groep verbonden CO₂-emissies naar de atmosfeer (Scope 1, 2 en 3) zodanig te beperken of doen beperken dat dit volume aan het eind van het jaar 2030 ten minste zal zijn verminderd met netto 45% in vergelijking met het niveau van het jaar 2019’.

De rechtbank verdisconteert in haar oordeel dat bij de huidige stand van de techniek fossiele brandstoffen niet kunnen worden gemist en dat voor fossiele brandstoffen een blijvende rol is weggelegd om te kunnen voldoen aan de wereldwijde vraag naar energie tijdens en na de energietransitie alsook dat het precieze verloop van de energietransitie die nodig is om de CO₂-uitstoot terug te dringen zich niet tot in detail vooraf laat voorspellen (r.o. 4.4.31). Zij laat evenwel geen ruimte meer voor een redenering die de Hoge Raad nog volgde in het arrest *Staat/Shell* in 1994, dat we te maken hebben met de keerzijde van het succes van de naoorlogse industrialisatiepolitiek en de daaruit voor de Nederlandse samenleving voortgevloeide voordelen. De gevolgen van de uitstoot van broeikasgassen worden niet afgedaan als een algemeen maatschappelijk risico, dat niet eenzijdig op het bedrijfsleven mag worden afgewenteld of waarvan de verwezenlijking louter door tussenkomst van de overheid zou moeten worden tegengegaan. Het feit dat Shell door de overheid toegelaten en maatschappelijk aanvaarde producten maakt, waarvoor nu nog onvoldoende alternatieven voorhanden zijn, vormt geen rechtvaardiging voor de negatieve gevolgen ervan.

Het bevel geeft Shell ruimte om haar eigen ‘reductiepad’ voor de Shell-groep te ontwikkelen en daarin de door haar gewenste differentiatie aan te brengen, als dit maar voorziet in het terugbrengen van de CO₂-uitstoot van de Shell-groep (Scope 1 t/m 3) in 2030 met netto 45% ten opzichte van 2019:

‘Ten aanzien van de activiteiten van de Shell-groep is dit een resultaatsverplichting. Ten aanzien van de zakelijke relaties van de Shell-groep, met inbegrip van de eindgebruikers, is dit een zwaarwegende inspanningsverplichting,

waarbij van RDS kan worden verwacht dat zij de nodige stappen neemt om de ernstige risico’s als gevolg van de door hen gegenereerde CO₂-uitstoot op te heffen of te voorkomen en haar invloed aanwendt om eventueel voortdurende gevolgen zo veel mogelijk te beperken. Een consequentie van deze zwaarwegende verplichting kan dan ook zijn dat RDS nieuwe investeringen in het winnen van fossiele grondstoffen nalaat en/of haar productie van fossiele grondstoffen beperkt.’ (r.o. 4.4.39)

De rechtbank blijft zo dicht bij het gevorderde bevel, dat op zijn beurt dicht bleef bij het in de *Urgenda*-zaak door rechtbank en hof toegewezen bevel (zij het met andere jaartallen). In de *Urgenda*-zaak was sprake van een in algemene termen vervat bevel, om niet in strijd te komen met het verbod om formele wetgeving te toetsen. De Hoge Raad overwoog hierover:

‘Dit bevel komt immers niet neer op een bevel om specifieke wetgevende maatregelen te nemen, maar laat de Staat vrij in de keuze van de te nemen maatregelen teneinde een reductie in de uitstoot van broeikasgassen van 25% in 2020 te bereiken. Dit wordt niet anders doordat voor veel van de mogelijk te nemen maatregelen wetgeving nodig zal zijn, zoals de Staat aanvoert. Het blijft immers aan de Staat om te bepalen welke maatregelen worden getroffen en welke wetgeving tot stand wordt gebracht om die reductie te bereiken.’³³

Ook vanwege de taakverdeling tussen rechter, regering en parlement diende de rechter zich te beperken tot een toetsing van het handelen van de Staat aan het EVRM in plaats van voor te schrijven hoe de beperking van de uitstoot dient te worden gerealiseerd:

‘[In het Nederlandse staatsbestel komt] de besluitvorming over reductie van de uitstoot van broeikasgassen toe aan de regering en het parlement. Zij hebben een grote mate van vrijheid om de daarvoor vereiste politieke afwegingen te maken. Het is aan de rechter om te beoordelen of de regering en het parlement bij het gebruik van die vrijheid zijn gebleven binnen de grenzen van het recht, waaraan zij zijn gebonden.’ (r.o. 8.3.2)

Dergelijke beperkingen gelden in de zaak *Milieudefensie/Shell* eigenlijk niet. Aannemelijk is dat eisers dicht bij het bevel in de *Urgenda*-zaak hebben willen blijven, niet in de laatste plaats vanwege het bewezen succes. Voorts zou een verdere precisering feitelijk zijn bemoeilijkt door de afhankelijkheid van fossiele brandstoffen en de onzekerheden over het verloop van de energietransitie. Bovendien zal de rechter bij het formuleren van zijn bevel rekening moeten houden met de vrijheid van ondernemerschap, neergelegd in artikel 16 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Vanzelfsprekend kunnen op grond van het algemeen belang beperkingen aan de uitoefening van dit recht worden gesteld, maar allicht zal de beperking van artikel 16 zich eerder doen voelen naarmate het bevel gedetailleerder wordt geformuleerd.

33. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.7, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

Shell voerde het verweer dat het aan haar opleggen van de reductieverplichting zou leiden tot concurrentievervalsing en aantasting van het *level playing field* voor de olie- en gasmarkt. De rechtbank gaat hieraan voorbij, omdat het verweer niet nader zou zijn geconcretiseerd (r.o. 4.4.53). De kritiek die in de literatuur inmiddels op de uitspraak is geformuleerd hangt samen met juist dit punt. De vraag is gesteld waarom juist deze – ene – onderneming aansprakelijk zou moeten worden gehouden. Er zijn rechtvaardiger klimaatmaatregelen te bedenken die niet afhankelijk zijn van de stad waarin een bedrijf is gehuisvest en waar de rechters bereid zijn het bedrijf de maat te nemen, en die een onderneming niet in een lastige, afhankelijke positie brengt ten opzichte van zijn toeleveranciers en afnemers.³⁴ De opties waaruit de rechter heeft te kiezen, kunnen misschien beter aan de politiek worden overgelaten.³⁵

Het gemakkelijke antwoord op kritiek als deze is dat de rechtbank diende te oordelen over een vordering gericht tegen deze ene partij en dat in het partijdebat en bij de beoordeling van de vordering gebruik kon worden gemaakt van rapporten en documenten die door de Nederlandse regering in een reeks van jaren zijn onderschreven. Voorts heeft de rechtbank overwogen dat zij uit de door partijen aangedragen stukken heeft kunnen afleiden dat de beperking van de uitstoot door een onderneming leidt tot afname van de totale uitstoot, terwijl niet is aangetoond dat de beperking wordt tenietgedaan doordat andere bedrijven hun uitstoot juist vergroten (r.o. 4.4.50). Belangrijker is te onderkennen dat er sprake is van een groot gevaar, waarvan bekend is dat het zonder adequate actie alleen maar groter wordt en moeilijker is te beteugelen. Wellicht dat de rechtbank dit beter had kunnen beklemtonen door niet zozeer de proportionaliteit van de voorgestelde reductienorm te beoordelen, maar de proportionaliteit van Shells huidige beleid en handelen.³⁶ Onmiskenbaar voorziet Shell met haar assortiment in een grote maatschappelijke behoefte, maar het is de vraag of de wijze waarop Shell te werk gaat om in de maatschappelijke behoefte te voorzien proportioneel is, gelet op de gevaren die zijn verbonden aan de uitstoot van broeikasgassen waarbij Shell rechtstreeks en indirect betrokken is. Als het antwoord hierop negatief is, dient de civiele rechter rechtsbescherming te bieden.

We hebben bovendien te maken met een multinationale onderneming die blijkens internationale, door de Nederlandse Staat onderschreven documenten zoals de Richtlijnen 2011 wordt geacht haar wereldwijde marktmacht in te zetten en zo ter zake van fundamentele rechten aanvullende bescherming te bieden, in het bijzonder waar staten soms machteloos staan.³⁷ Daarin onderscheidt zij zich

van de ‘bakker om de hoek’.³⁸ Vanuit dit perspectief is er niet alleen sprake van de gedragstnorm – de reductieverplichting – maar ook van een verdelingsnorm: de sterkere schouders dragen hier de lasten.³⁹

5. Het gebod: de onrechtmatigheid werpt zijn schaduw vooruit

De rechtbank wijst het gevraagde gebod toe, omdat Shell de op haar rustende zorgplicht dreigt te schenden:

‘Vaststaat ook dat RDS de klimaatambities voor de Shell-groep in 2019 en 2020 heeft aangescherpt (...) De businessplannen binnen de Shell-groep moeten echter nog worden aangepast aan deze klimaatambitie en er volgt nog een nadere toelichting op het toekomstige portfolio en de plannen (...) Daarmee komen het beleid, de beleidsvoornemens en de ambities van RDS voor de Shell-groep, naar het oordeel van de rechtbank, goeddeels neer op weinig concrete, nader uit te werken en niet-bindende voornemens voor de langere termijn (2050). Die voornemens (“ambities” en “intenties”) zijn bovendien niet onvoorwaardelijk, maar – zo valt te lezen in de disclaimers en *cautionary notes* bij de Shell documentatie – afhankelijk van het tempo waarmee de mondiale maatschappij in de richting van de klimaatdoelstellingen van het Akkoord van Parijs beweegt (“*in step with society and its customers*”). Doelstellingen voor emissiereductie in 2030 ontbreken volledig (...) De rechtbank leidt hieruit af dat RDS zich het recht voorbehoudt om bij een tragere beweging van de maatschappij ook de Shell-groep een minder snelle energietransitie te laten doormaken. (...) Het door RDS vastgestelde beleid van de Shell-groep drukt vooral uit dat de Shell-groep de ontwikkelingen in de maatschappij volgt en aan staten en anderen een voortrekkersrol toekent. Daarmee miskent RDS haar eigen verantwoordelijkheid, die vergt dat zij haar reductieverplichting actief effectueert via het concernbeleid van de Shell-groep’. (r.o. 4.5.2)

Hieruit leidt de rechtbank af dat het beleid, de beleidsvoornemens en de ambities van Shell niet stroken met de reductieverplichting van het concern. Hierin ligt een dreigende schending van de reductieverplichting van Shell besloten. De rechtbank komt tot de volgende conclusie:

‘Dat betekent dat de rechtbank het gevorderde bevel, dat strekt tot nakoming van deze rechtsplicht, moet toewijzen. Er is geen ruimte voor een belangenafweging. De rechtbank gaat daarom voorbij aan het door RDS gevoerde betoog over de (on)wenselijkheid van vorderingen zoals deze en het al dan niet openzetten van de deur voor claims van iedereen in de mondiale samenleving op elkaar. Het betoog van RDS dat het niet passend is een bevel aan

34. J. Spier, ‘SDGs: tussen droom en daad: een processie van Echternach’, *TvOB* 2021, afl. 6, p. 179-180.

35. Lodewijk Smeehuijzen, ‘De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030’, *NJB* 2022/458, onder 9 en F.B. Bakels, ‘Rechtspraak en politiek’, *NJB* 2022/1134.

36. Vgl. M.E. Franke, *Over de grens van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 272-285, waarover kritisch T. Hartlief, ‘Gevaarzetting 2.0?’, *RMThemis* 2022, afl. 4, p. 137-141.

37. Wat ook wordt onderschreven door J. Spier, ‘SDGs: tussen droom en daad: een processie van Echternach’, *TvOB* 2021, afl. 6, p. 184.

38. Vgl. B.M. Katan, ‘Ieder het hare’, *Ondernemingsrecht* 2021/106, onder 3.

39. A.Ch.H. Franken, *Schade en risico* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2022, p. 245; zie ook A.Ch.H. Franken, ‘De distributieve bijdrageplichten rond klimaatverandering’, *NJB* 2022, p. 3053.

één private partij op te leggen, stuit af op wat hiervoor is overwogen over de rechtsplicht van RDS'. (r.o. 4.5.3)

Daarbij tekent de rechtbank aan dat het maar de vraag is of zij in deze tijd een vordering tot schadevergoeding had kunnen honoreren:

'Met de hiervoor vastgestelde dreigende schending van de reductieverplichting – die ziet op het beleid voor eind 2030, dat RDS nog niet vast heeft vormgegeven – is niet gegeven dat de CO₂-uitstoot van de Shell-groep nu onrechtmatig is. Ook overigens is er geen grond voor dat oordeel. Dat geldt temeer omdat Milieudefensie c.s. 2019 als beginjaar neemt en haar betoog gericht is op het beleid voor 2030'. (r.o. 4.5.8)

In die laatste overweging schuilt de vraag wanneer die vastgestelde norm precies geldt: nu of later, en of de norm in de tijd aan wijzigingen onderhevig is. Het antwoord hangt af van de wijze waarop de procedure is ingekleed. In het geval van *Milieudefensie/Shell* is de focus van de procedure gericht op de situatie van 2030, die wordt beoordeeld naar de maatstaven van vandaag. In 2030 moet de onderneming bepaalde resultaten hebben behaald of bepaalde inspanningen hebben geleverd. Daarvóór is er sprake van een taxatie, of het beleid van de onderneming gericht is op de te stellen doelen en of zij op koers is die doelen te behalen. Die taxatie bepaalt of er sprake is van een dreigende onrechtmatige daad, niet meer dan dat.

Het ligt voor de hand dat bepaalde inspanningsverplichtingen die deel uitmaken van de zorgvuldigheidsnorm al vóór 2030 concreter worden en daarmee afzonderlijk afdwingbaar.⁴⁰ Schending daarvan zal een onrechtmatige daad opleveren, maar deze was in *Milieudefensie/Shell* niet aan de orde.

Een vergelijkbare lijn van redeneren ontbrak in de zaak *Staat/Shell* uit 1994. De uitkomst van de procedure bood – vanuit het perspectief van het handelen eind jaren vijftig – geen enkel uitzicht op een eventueel toekomstige verantwoordelijkheid van de betrokken onderneming. Het debat was er klaarblijkelijk ook niet op ingekleed, want het hof ging veronderstellenderwijs uit van onrechtmatigheid ten tijde van de afgifte van het afval. De zaak *Milieudefensie/Shell* leert dat rekening kan worden gehouden met verschillende ijkmomenten. De conclusie dat het op enig moment niet onrechtmatig was om giftig afval toe te vertrouwen aan een vervoerder, gegeven bijvoorbeeld het maatschappelijk belang bij Shell-producten en het gebrek aan alternatieven, zelfs met de kennis dat het afval een ernstig gevaar voor de volksgezondheid vormde, laat onverlet dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid en noodzaak van ingrijpen in de toekomst. Wie zich ontdoet van afval met ernstig gevaar voor de volksgezondheid dient de ontwikkelingen rond dat gevaarlijke afval in het algemeen en de concrete aan vervoerders meegegeven ladingen te blijven volgen en te handelen naar de te verkrijgen kennis door bijvoor-

beeld bij te dragen aan het beperken of het wegnemen van de gevolgen van de verwezenlijking van het aan het afval verbonden gevaar. Deze verplichting had misschien ook kunnen gelden jegens de Staat, ook al trok de overheid zich het belang van bodemsanering pas veel later aan en was dit mogelijk pas in 1975 duidelijk, aangezien het ijkmoment voor de verantwoordelijkheid niet beperkt hoeft te blijven tot het moment van afgeven van het afval.

Het was wellicht anders gelopen als er eind jaren vijftig een gebod was gevraagd om af te zien van het afvoeren van giftig afval dat zou worden gebruikt om de zellingen van de Hollandsche IJssel bouwrijp te maken. Allicht dat een rechter destijds – anders dan de Hoge Raad in 1994 – enigerlei onzekerheid had aangegrepen om Shell te bevelen haar giftige afval te volgen en te handelen naar de nog te verkrijgen inzichten voor veilige afvalverwerking, met de aantekening dat ook het verkrijgen van die inzichten behoort tot de verantwoordelijkheid van de onderneming.

6. Hoe nu verder

We kunnen inmiddels de maatschappelijke norm gericht op het tegengaan van de opwarming van de aarde zonder schroom erkennen. Nu, in het verleden en in de toekomst. De eraan te verbinden rechtsgevolgen – waarop de norm is geënt en welke remedies passen bij schending – kunnen verschillen, naar tijd en persoon.

In het debat over klimaataansprakelijkheid is het besef gerezen dat het verminderen van de uitstoot van broeikasgassen voorop moet staan. Het vorderen van schadevergoeding brengt dat doel niet dichterbij. Zo is beklemtoond door de opstellers van de Oslo Principles on Climate Obligations of Enterprises:

'The Oslo Principles, the [Principles on Climate Obligations of Enterprises] and this update have in common that they prioritise prevention. Avoiding global catastrophe is of utmost importance, even more than compensating victims. We are not at all suggesting that victims do not matter. Precisely because they do matter, it would be a serious mistake to throw in the towel by giving up the fight against climate change. The toll of unabated climate change will be so unbearably high in human, environmental and economic terms that compensation of all or even most losses is a phantom. Hence, even if one would be willing to prioritise damages – an extremely unattractive view – it simply will not work.'⁴¹

Er zijn naar de huidige stand van de civielrechtelijke techniek verschillende manieren om dit wel te begrijpen uitgangspunt te vertalen in de vereisten van aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad.

Ten eerste zou kunnen worden bepaald dat een bepaalde reductienorm niet strekt tot vergoeding van schade, maar louter is gegeven om door middel van een gebod of ver-

40. Zo ook B.M. Katan, 'Ieder het hare', *Ondernemingsrecht* 2021/106, onder 4.3.

41. Expert Group on Climate Obligations of Enterprises, *Principles on Climate Obligations of Enterprises*, Den Haag: Eleven Publishing International, 2020, p. 46-47.

bod te worden afgedwongen, een en ander op basis van het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW). De gedachte zou kunnen zijn dat zolang de samenleving afhankelijk is van fossiele brandstoffen, de schade en kosten die verband houden met klimaatverandering niet bij een enkel bedrijf kunnen worden neergelegd, maar bij de samenleving als geheel.

Ten tweede zou het vizier vooralsnog op belangrijke momenten in de toekomst kunnen worden gericht, met het oog waarop vooralsnog alleen een gebod of verbod passend wordt geacht. Aldus wordt een koppeling gelegd tussen de te formuleren zorgvuldigheidsnorm – waarvan een moment in de toekomst element uitmaakt – en de sanctie.⁴² De zaak *Milieudefensie/Shell* vormt hiervan een voorbeeld. Het voordeel van deze benadering is dat de kenbaarheid van de norm en van de betrokken belangen minder problematisch zijn, omdat die nu met het oog op het handelen in de toekomst worden geformuleerd. De aangesproken persoon weet wat haar te doen staat in de komende periode. Bij schadevergoeding moet daarentegen worden teruggekeken en zal moeten vastgesteld waarmee de aangesproken persoon bekend was of kon worden geacht te zijn. Dat kan leiden tot teleurstellingen, zoals in de zaak *Staat/Shell*, helemaal omdat in dat geval de bodem er geen spat schoner op was geworden.

Desalniettemin leiden ontwikkelingen op Europees niveau naar een aanspraak op schadevergoeding. De Europese Commissie heeft op 23 februari 2022 een voorstel voor een richtlijn aangenomen inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van milieu en mensenrechten.⁴³ Het primaire doel van het richtlijnvoorstel is het behalen van de Europese duurzaamheidsdoelstellingen zoals verwoord in de 'Europese Green Deal', in navolging van het Klimaatakkoord van Parijs uit 2015, en het beschermen van mensenrechten.⁴⁴ Grote ondernemingen zullen worden verplicht de feitelijke en potentiële negatieve gevolgen van hun activiteiten voor milieu en mensenrechten (art. 4 lid 1 aanhef) te identificeren (art. 6), te voorkomen (art. 7) en te beëindigen of zoveel mogelijk te beperken (art. 8). Het gaat daarbij niet alleen om de gevolgen van de eigen activiteiten en die van dochterondernemingen, maar ook die van hun zakenpartners in de 'ketens van activiteiten van de onderneming' (art. 1 lid 1 onder a).

Grote ondernemingen dienen een plan vast te stellen om ervoor te zorgen dat het bedrijfsmodel en de strategie van de onderneming verenigbaar zijn met de overgang naar een duurzame economie en met de beperking van

de opwarming van de aarde tot 1,5 °C, overeenkomstig de Overeenkomst van Parijs. In dit plan wordt met name, op basis van informatie waarover de onderneming redelijkerwijs kan beschikken, vastgesteld in welke mate de klimaatverandering een risico vormt voor of een effect is van de activiteiten van de onderneming (art. 15 lid 1). Indien klimaatverandering is aan te merken als een belangrijk effect van de activiteiten van de onderneming, dan dient de onderneming emissiereductiedoelstellingen in haar plan op te nemen (art. 15 lid 2).

Een autoriteit moet toezicht houden op de naleving van de genoemde bepalingen van het richtlijnvoorstel (art. 17). Als een onderneming niet de gepaste zorgvuldigheid betracht, zal zij niet alleen worden gestraft met doeltreffende, evenredige, en afschrikwekkende sancties (art. 20 lid 1) zoals geldboetes (art. 20 lid 3),⁴⁵ maar tevens wettelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade die wordt veroorzaakt door overtreding van de nationale voorschriften dienaangaande (art. 22 in verbinding met art. 7 en 8; deze aansprakelijkheid geldt klaarblijkelijk niet voor schending van de regels die voortvloeien uit art. 15).⁴⁶

Het richtlijnvoorstel volgt zo in de kern de UNGP en de Richtlijnen 2011. Het grote verschil schuilt hierin dat de naleving van de in het nationale recht geïmplementeerde regels van het richtlijnvoorstel niet geschiedt op vrijwillige basis. Ondernemingen dienen op straffe van aansprakelijkheid hun zaken op orde te hebben, niet alleen in eigen huis maar in de handelsketen. De richtlijn lijkt aan te koersen op schadevergoeding voor benadeelden als sanctie voor het niet in acht nemen van de passende zorgvuldigheid.

Van deze ontwikkeling naar een afdwingbare zorgvuldigheidsnorm voor ondernemingen kan het vonnis van de rechtbank Den Haag in *Milieudefensie/Shell* als voorbode gelden. Voorts bevestigt het richtlijnvoorstel de bevinding van de rechtbank dat er aanleiding is ondernemingen aan een zorgvuldigheidsnorm te houden. Het richtlijnvoorstel ontbeert echter, net als de UNGP en Richtlijnen 2011, een concrete invulling van de zorgvuldigheidsnorm met het oog op het op korte termijn verminderen van de broeikasgasuitstoot. Het richtlijnvoorstel blijft steken in een raamwerk. Ondernemingen moeten duurzaamheid onderzoeken, aan de orde stellen in hun handelsketen, de verwezenlijking van potentiële negatieve impact van hun activiteiten proberen tegen te houden en gerealiseerde negatieve impact aanpakken. Wat van ondernemingen concreet wordt verwacht om de duurzaamheidsdoelstel-

42. J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/2. W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2022, onder meer p. 162.

43. Voorstel voor een Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 (2022/0051 (COD)). Het Comité van permanente vertegenwoordigers heeft op 30 november 2022 een gewijzigd voorstel gezonden aan de Raad.

44. Overwegingen 1 tot en met 13 van de considerans.

45. Zie overweging 54 van de considerans.

46. Zie hierover S.B. Garcia Nelen, 'Het voorstel voor een Europese Corporate Sustainability Due Diligence-richtlijn,' *Ondernemingsrecht* 2022/41, en J.E.S. Hamster, 'Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning', *MvO* 2022, afl. 5-6. Voor de implementatie in Nederland: *Kamerstukken I* 2021/22, 22112, IS, p. 3, 12 (Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken); *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3429, p. 23, 28 (Verslag van een schriftelijk overleg).

lingen te halen, blijft in het midden, afgezien van een link met het Verdrag van Parijs. Het richtlijnvoorstel creëert geen klimaataansprakelijkheid, maar voorziet slechts in handhaving van de klimaatregels uit artikel 15 door een toezichthouder (art. 17). De aanspraak op schadevergoeding waarin het richtlijnvoorstel voorziet houdt geen verband met een concrete reductieverplichting, maar met de schending van de meer instrumentele normen van de artikelen 7 en 8.

In de kern is het vonnis het richtlijnvoorstel daarmee ver vooruit. Voorts gaat het in de zaak *Milieudéfensie/Shell*, net als in *Staat/Urgenda*, niet om schadevergoeding – waarop artikel 22 van het richtlijnvoorstel aanstuurt – maar om een gebod om – kort gezegd – meer werk te maken van het verminderen van de broeikasgasuitstoot. Dat laatste ligt natuurlijk eerst en vooral aan de vordering die in beide zaken centraal stond. Maar als echt gaat om de aanpak van het klimaatprobleem, dan is het aan te bevelen het gebod onder de aandacht te brengen en te houden.